

## PRAVILO POSLOVNE PROSUDBE U HRVATSKOM I PRAVU SAD

Dr. sc. Hana Horak, docentica  
Kosjenka Dumančić, mr. spec., asistentica  
Ekonomski fakultet  
Sveučilišta u Zagrebu

UDK: 330.112  
347.72  
Ur.: 26. ožujka 2008.  
Pr.: 8. rujna 2008.  
Pregledni znanstveni članak

*U radu se daje prikaz pravila poslovne prosudbe u hrvatskom zakonodavstvu te se isto uspoređuje sa pravnim standardom poslovne prosudbe ("business judgment rule") američkog prava. Pravni standard poslovne prosudbe u hrvatsko se zakonodavstvo uvodi izmjenama i dopunama Zakona o trgovačkim društvima (dalje: ZTD) uz već postojeći pravni standard pozornosti dobrog gospodarstvenika. Pravni standard pozornosti može se usporediti sa, u američkom pravu standardom "duty of care". Uvođenjem pravila poslovne prosudbe dana je mogućnost članovima uprave i nadzornog odbora, odnosno upravnog odbora da se oslobode odgovornosti za poslovne odluke koje donose ako su pri donošenju istih na temelju primjerenih informacija razumno pretpostavili da djeluju za dobrobit društva i pri tom nisu postupali protivno obvezi o načinu vođenja poslova društva.*

**Ključne riječi:** *pravilo poslovne prosudbe, pozornost dobrog gospodarstvenika, dužna pozornost, zabrana konkurencije, pravo trgovačkih društava.*

### 1. Uvod

Hrvatsko pravo društava kontinuirano se usklađuje sukladno reformama u pravu društava EU. Kao što navodi i autor Zakona o izmjenama i dopunama ZTD-a<sup>1</sup> uz uvođenje pravila poslovne prosudbe ZTD izmijenjen je i dopunjen radi usklađenja sa sekundarnim izvorima europskog prava društava, u mjeri u

<sup>1</sup> Zakon o trgovačkim društvima, NN 111/93., 34/99., 52/00., 118/03.; Zakon o izmjenama i dopunama ZTD, NN 107/07., stupio je na snagu 1. travnja 2008.

kojoj to još nije bilo učinjeno.<sup>2</sup> Unošenjem u Zakon promjena do kojih je nakon 2003., došlo u njemačkom pravu, po uzoru na koji je rađen ZTD,<sup>3</sup> kako bi se spriječile zloporabe do kojih dolazi u praksi te poboljšao položaj dioničara i članova d.o.o.. Zakonom o izmjenama i dopunama ZTD-a, također se u hrvatsko pravo trgovačkih društava uvodi mogućnost izbora između monističkog i dualističkog ustroja<sup>4</sup> organa društva. Nadalje, izmjene u zakonodavstvu iz područja trgovačkih društava sprječavaju prakse protivne duhu i smislu Zakona i usmjeravaju pravo trgovačkih društava prema onome kako se odgovarajuća rješenja primjenjuju u državama članicama EU<sup>5</sup>.

Reforme i primjena pravila poslovne prosudbe, temelje se na tržišno orijentiranim mehanizmima. Tako se upravi, odnosno upravnom odboru daje mogućnost donošenja poduzetničkih odluka koje su korisne i dioničarima, i svim investitorima, odnosno zainteresiranim stakeholderima<sup>6</sup>. Pitanja, koja se nameću, su brojna, a jedno od njih je na koji će način ovaj standard zaživjeti u sudskoj praksi Republike Hrvatske.

Brojni su razlozi uvođenja pravila poslovne prosudbe. Ono ima svrhu zaštite člana uprave, odnosno upravnog odbora, rješavanje problema sukoba interesa između dioničara i članova uprave, odnosno upravnih odbora s obzirom na to da vode poslove na vlastitu odgovornost.<sup>7</sup> Potrebno je imati na umu da razlika između članova društva, njihovih udjela u društvu i utjecaja na vođenje poslova

<sup>2</sup> Barbić, J.: *Pregled odredaba Zakona o trgovačkim društvima o monističkom ustroju organa dioničkog društva*, Hrvatska pravna revija, prosinac 2007., str. 44.

<sup>3</sup> Pravilo poslovne prosudbe uvedeno je u njemačko pravo Zakonom o dionicama iz 2005. godine. U Engleskoj se kodificiraju opće obveze članova upravnih odbora koje su se razvile u sudskoj praksi Zakonom o trgovačkim društvima iz 2006. godine. Više vidi u Jurić, D.: *Pravo manjinskih dioničara na podnošenje tužbe u ime dioničkog društva protiv članova uprave i nadzornog odbora*, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, v. 28., br. 1, 2007.

<sup>4</sup> Monistički sustav upravljanja predviđa kao organ upravljanja jedan organ – upravni odbor. Monistički sustav karakterističan je za angloameričko područje te je tako prihvaćen u SAD-u, Velikoj Britaniji, Irskoj, Španjolskoj, Luksemburgu i Švedskoj. Za razliku od dualističkog sustava karakterizira ga postojanje jednog tijela (uprava, upravni odbor, engl. *executive directors*) unutar kojeg se razlikuju izvršni direktori (engl. *executive directors*) i neizvršni direktori (engl. *non-executive directors*). Izvršni direktori vode svakodnevno poslovanje društva, dok neizvršni direktori ostvaruju nadzor nad izvršnim članovima upravnog odbora. Dualistički sustavi predviđaju postojanje dva organa: nadzorni odbor i upravu kao organ za vođenje poslova i zastupanje društva. Dualistički sustav karakterizira postojanje zasebne uprave koja vodi poslove društva i nadzornog odbora koji nadzire njezin rad. Ovaj je sustav karakterističan za njemačko pravo, a osim u Njemačkoj primjenjuje se u Austriji, Češkoj, Litvi, Mađarskoj, Poljskoj i Slovačkoj. Postoji i mogućnost mješovitog sustava koji dopušta mogućnost izbora između monističkog i dualističkog sustava, a koristi se u Italiji, Belgiji, Francuskoj, Portugalu i Sloveniji. (preuzeto iz Barbić, J. (2007), op. cit., str. 45.

<sup>5</sup> Barbić, J. (2007), op. cit., str. 44.

<sup>6</sup> Tipurić, D.: *Nadzorni odbor i korporativno upravljanje*, Zagreb, Sinergija, 2006., str. 22. definira stakeholdere kao interesno-utjecajnu skupinu u poduzeću i oko njega. Interesno utjecajne skupine su pojedinci, grupe i organizacije, kao i koalicije pojedinaca, grupa i organizacija, unutar poduzeća i izvan njega, koje imaju neka prava, zahtjeve i interese od poduzeća.

<sup>7</sup> Čl. 240. ZTD-a propisano je: "Uprava vodi poslove društva na vlastitu odgovornost".

i nadzor društva ima različite posljedice u korporativnom upravljanju. Primjerice imaju li većinski dioničari prevladavajući utjecaj na upravu, odnosno upravni odbor s jedne strane, odnosno može li koncentriranost udjela u manjem broju imatelja prouzročiti problem zato što interesi većinskih dioničara i manjinskih dioničara nisu isti<sup>8</sup>.

## 2. “Business judgment rule” (*Pravilo poslovne prosudbe*) u pravu SAD-a

Pravilo poslovne prosudbe utemeljeno je u američkoj pravnoj praksi te je poznato kao “*business judgment rule*”. Pravilo je razrađeno te korišteno u praksi američkih sudova, posebice u praksi sudova u državi Delaware. Također je razmatrano u teoriji brojnih američkih autora<sup>9</sup>, kako će biti prikazano u daljnjem tekstu. Prikazom američke pravne prakse, taj standard i pravilo se približava i primjenjuje u hrvatskoj pravnoj praksi, ponajprije u olakšavanju i pojednostavljivanju prihvaćanje predmetnog pravila u sudovanju hrvatskih sudova.

“*Business judgment rule*” isključuje sudsku kontrolu članova uprave ako se u svojem poslu pridržavaju pretpostavki pravične prosudbe. Pravilo je prihvaćeno i u njemačkoj poslovnoj praksi s osloncem na to da se upravi dioničkog društva mora u vođenju poslova dati više slobodnog prostora za odlučivanje bez kojeg se ne može zamisliti poduzetničko djelovanje.<sup>10</sup> Ovo posebice treba uzeti u obzir imajući na umu da je zakonodavstvo iz područja trgovačkih društava Republike Hrvatske rađeno po uzoru na njemačko zakonodavstvo. Američki pravni sustav poznaje pravni standard pozornosti dobrog i savjesnog gospodarstvenika (“*duty of care*”) koji se pravni standard realizira primjenom “*business judgment rule*”. Pravilo poslovne prosudbe sudovi temelje na analizi odluka uprave u konkretnim situacijama. Članovi uprave obvezni su prema društvu u ispunjavanju tri, tzv. fiducijarne dužnosti: dužnosti pozornosti (“*duty of care*”), dužnosti dobre vjere (“*duty of good faith*”) i dužnosti lojalnosti (“*duty of loyalty*”). Iako se “*business judgment rule*” primjenjuje uzimajući u obzir sve ove dužnosti ipak se ono najčešće povezuje s dužnošću pozornosti (“*duty of*

<sup>8</sup> Tipurić, D. op. cit., str. 27.-30.

<sup>9</sup> Primjerice: Bainbridge, S. M.: *The Business Judgment Rule as Abstention Doctrine*, UCLA School of Law, Los Angeles, Research paper No. 13-18, dostupno na <http://ssrn.com/abstract=429260>; Eisenberg, M. A.: *The duty of good faith in corporate law*, Delaware journal of corporate law, dostupno na [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=899212](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=899212); Hoffman, D. A.: *Self-handicapping and manager's duty of care*, legal studies research paper series, 05.10.2007., dostupno na <http://ssrn.com/abstract=978200>; Kirchner, C., Painter, R. W.: *Towards a European Modified Business Judgment Rule for Takeover Law*, dostupno na [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=247214](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=247214); Lubben, S.J., Darnell, A. J.: *Delaware's duty of care*, dostupno na [http://papers.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=698223](http://papers.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=698223) i Ribstein, L. E., Alces, K. A.: *The Business Judgement rule in good and bad times*, dostupno na <http://home.law.uiuc.edu/~ribstein/ribsteinalces.pdf>.

<sup>10</sup> Barbić, J.: *Pravo društava, Knjiga druga, Društva kapitala, Treće izmijenjeno izdanje*, Organizator, Zagreb, 2005., str. 498.

care”).<sup>11</sup> Fiducijarne dužnosti mogu se definirati kao niz posredno izraženih ugovornih odredbi koje, u nedostatku suprotnog sporazuma, prate ovlast upravljanja tuđim vlasništvom. Fiducijarne dužnosti probleme upravljanja i vođenja poslova društva rješavaju pravom sudske kontrole,<sup>12</sup> za razliku od “*business judgment rule*” primjenom kojeg se sudska kontrola ograničava.

Neki su autori mišljenja da “*duty of care*” nije prava fiducijarna dužnost budući da ista može pripadati i osobama koje se neće smatrati osobama koje su nositelji fiducijarnih dužnosti.<sup>13</sup>

Dužna pozornost kao dužnost direktora predmet je “*business judgment rule*”. “*Business judgment rule*” temelj je pravnog gledišta prema kojem se smatra da sudovi nisu poslovni stručnjaci te da zato nisu u mogućnosti jednostavno odrediti je li loš rezultat rada uprave posljedica pogreški u radu direktora. Osim toga, smatra se da odgovornost direktora može proizlaziti i iz donošenja korisnih, ali rizičnih odluka.<sup>14</sup>

Treba naglasiti da osim “trijadnog” shvaćanja fiducijarnih dužnosti američka pravna praksa i teorija razlikuje i “dijadno” shvaćanje, temeljem koje su jedine fiducijarne dužnosti pozornost i lojalnost, dok je dobra vjera samo komponenta dužnosti lojalnosti ili samo jedan od načina opisivanja te dužnosti.<sup>15</sup>

Razlika između “*business judgment rule*” i “*duty of care*” očituju se na način da s jedne strane obveza pozornosti zahtijeva razumno postupanje direktora u trenutku kada donose odluke za društvo, dok s druge “*business judgment rule*” osigurava da sudovi uvažavaju donesene odluke uprave bez prosuđivanja istih.<sup>16</sup>

Principi korporativnog upravljanja Američkog pravnog instituta (*American Law Institute*)<sup>17</sup> definiraju “*business judgment rule*” navodeći da: “Direktor koji odlučuje temeljem pravila poslovne prosudbe (“*business judgment rule*”) u dobroj vjeri ispunjava dužnost /pozornosti/...ako: nema osobni interes<sup>18</sup> s obzirom na predmet za koji donosi poslovnu prosudbu; donosi poslovnu prosudbu na temelju valjanih informacija do te mjere da razumno vjeruje da je ono primjereno danim okolnostima; razumno vjeruje da je poslovna prosudba u najboljim interesima društva.”<sup>19</sup>

<sup>11</sup> Bainbridge, S. M.: *The Business Judgment Rule as Abstention Doctrine*, UCLA School of Law, Los Angeles, Research paper No. 13-18, dostupno na <http://ssrn.com/abstract=429260> na dan 15. prosinac 2007., str. 6.

<sup>12</sup> Ribstein, L. E., Alces, K. A.: *The Business Judgement rule in good and bad times*, dostupno na <http://home.law.uiuc.edu/~ribstein/ribsteinalces.pdf> na dan 15. prosinca 2007., str. 5.

<sup>13</sup> Ibidem.

<sup>14</sup> Ibidem, str. 6.

<sup>15</sup> Eisenberg, M. A.: *The duty of good faith in corporate law*, Delaware journal of corporate law, dostupno na [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=899212](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=899212), str. 13.

<sup>16</sup> Bainbridge, S. M., op.cit., str. 6.

<sup>17</sup> ALI Principles of corporate governance, 1994, American Law Institute.

<sup>18</sup> O odlučivanju direktora u predmetima u kojima nema osobni interes vidi u daljnjem tekstu posebice ALI Principles of Corporate Governance.

<sup>19</sup> Eisenberg, M. A., op. cit., str. 11.; sukladno s §4.01(c) ALI Principles of Corporate Governance (1994).

Prema navedenom možemo zaključiti da se “*business judgment rule*” sastoji se od četiri uvjeta i posebnog standarda naknadnog provjeravanja odluka uprave (standarda racionalnosti), koji se primjenjuje ako su zadovoljena sva četiri uvjeta:

- odluka mora biti donesena,
- član uprave prije donošenja odluke morao je prikupiti sve informacije za koje je opravdano smatrao da su mjerodavne u odnosu na okolnosti,
- odluka mora biti donesena u dobroj vjeri i
- član uprave ne smije imati financijski interes u predmetu o kojem odlučuje.<sup>20</sup>

Sudovi neće smatrati odgovornima informirane direktore koji nemaju osobni interes za odluke u slučaju kada je direktor “razborito pretpostavio (*rationally believes*)....da je u najboljim interesima društva”.<sup>21</sup> Drugim riječima, direktor ne mora djelovati “opravdano” (*“reasonably”*). Može se zaključiti da je odluka izuzeta od naknadnog razmatranja čak kada sud zaključi da je i iracionalna, sve dok, u vrijeme donošenja odluke direktor “razborito vjeruje” da je ona u najboljem interesu društva.<sup>22</sup>

Članovi uprave prvenstveno moraju postupati u najboljem interesu društva, kao njegovi agenti. Smatra se da je ta njihova dužnost bitnija od dužnosti vođenja društva.<sup>23</sup> Agencijski odnos u korporativnom upravljanju definiran je odnosom vlasnika (članova trgovačkog društva, odnosno dioničara<sup>24</sup>) kao principala i menadžera kao agenta, tj. situacijom u kojoj član trgovačkog društva, odnosno dioničar društva delegira posao upravljanja društva menadžeru. Razlog nastanka agencijskog odnosa leži u nemogućnosti člana trgovačkog

<sup>20</sup> Ibidem, str. 17.

<sup>21</sup> Ribstein, L. E., Alces, K.A., op. cit., str. 7.

<sup>22</sup> Ibidem.

<sup>23</sup> Kirchner, C., Painter, R.W.: *Towards a European Modified Business Judgment Rule for Takeover Law*, dostupno na [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=247214](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=247214).

<sup>24</sup> Op. autora: O vlasništvu dioničara, odnosno članova društva nad društvom može se govoriti samo uvjetno. Dioničari imaju udjele u temeljnom kapitalu društva na temelju kojih oni stječu određena imovinska i upravljačka prava. Dioničar ostvaruje samo jedno ovlaštenje kao vlasnik: ovlaštenje da slobodno prenosi svoja prava na predmetu, odnosno slobodno raspolaže dionicama koje prodaje i kupuje na tržištu vrijednosnih papira. Pri tome se ne radi razlika između osobe dioničara kao pojedinca i dioničara kao člana jednog dioničkog društva. O ovome više u Jurić, D.: Pravno uređenje unutarnjeg korporacijskog upravljanja (corporate governance) u dioničkim društvima u hrvatskom i usporednom pravu društava, doktorska disertacija, Sveučilište u Rijeci, Pravni fakultet, 2005., str. 8. citat iz Ledić, D.: Vlasništvo u malom i srednjem poduzetništvu, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, vol. 24., 1/2003. U hrvatskom pravu termin vlasništva ne predstavlja imovinu društva. Posljedica pravne osobnosti dioničkog društva je da ono ima svoju imovinu, odvojenu od imovine svojih članova, kojom odgovara za svoje obveze. Član društva nije vlasnik tog društva. Dionice i poslovni udio u društvu dio su imovine člana. Kao prava koja mu pripadaju sastavni su dio te imovine. Članovi društva imaju pravo raspolagati svojim pravom u društvu. Mogu ga otuđiti uz uvjete predviđene u propisima i društvenom ugovoru. Vidi Barbić, J., op. cit., str. 8. i Barbić, J. Pravo društava, Knjiga prva, Opći dio, Organizator, Zagreb, 1999. str. 177.-180.

društva ili dioničara na određenom stupnju razvoja društva da dovoljno učinkovito preuzme ulogu člana trgovačkog društva ili dioničara i menadžera.<sup>25</sup> Kao rezultat spoznaje o nužnosti pronalaska sposobnijeg upravljača od njih, vlasnici unajmljuju profesionalne menadžere. Središnji je problem korporativnog upravljanja, po agencijskoj teoriji, ponašanje menadžera kao agenta nasuprot zadanih ciljeva i interesa dioničara kao principala.<sup>26</sup>

”*Business judgment rule*” uobičajeno se podrazumijeva kao standard dužnog ponašanja člana uprave. Autorice ovog rada priklanjaju se mišljenju nekih autora da se ”*business judgment rule*” može bolje razumjeti ako se promatra kao doktrina uzdržavanja (*abstention doctrine*) na način da se sudovi suzdržavaju od naknadne procjene odluka uprave osim ako postoje preduvjeti koji zadovoljavaju naknadno procjenjivanje.<sup>27</sup>

### 2.1. ”*Duty of care*” (dužna pozornost urednog i savjesnog gospodarstvenika)

”*Duty of care*” (dužna pozornost urednog i savjesnog gospodarstvenika) i ”*duty of loyalty*” (dužnost lojalnosti) smatraju se tradicionalnim dužnostima koje moraju primjenjivati članovi uprave u svom djelovanju. Dužna pozornost zahtijeva od menadžera, koji donosi odluku u kojoj nema osobni interes, ispunjavanje svojih dužnosti na način kako on opravdano vjeruje da će biti u najboljem interesu za društvo, imajući na umu povećanje profita društva i dobiti članova društva. S tim u vezi, standard vođenja društva u okviru dužne pozornosti zahtijeva od menadžera opravdano ponašanje, s dužnom pozornošću te pribavljanje informacije vezane za odluku koju donosi.<sup>28</sup>

Visoki sud države Delaware definirao je dužnu pozornost kao dužnost koja zahtijeva da direktori djeluju s istom pozornosti, s kojom bi djelovao prosječno pažljiv i razborit čovjek u sličnim okolnostima. Dužna pozornost bit će povrijeđena svaki put kada će direktori djelovati nemarno. Primjena ”*business judgment rule*” omogućuje oslobađanje direktora od odgovornosti pod pretpostavkom da su direktori djelovali na temelju valjanih informacija, u dobroj vjeri i iskreno vjerujući da je poduzeto djelovanje u najboljem interesu za društvo. Kao rezultat ovoga, čak i jasne pogreške u prosudbi neće dovesti do njihove osobne odgovornosti.<sup>29</sup> Upravo navedeno i jest temelj primjene ”*business judgment rule*”.

Također i odredbom sadržanom u Revised Model Business Corporation Act<sup>30</sup> (dalje: RMBCA), §8.30(a), ”*duty of care*” (pozornost urednog i savjesnog gospodarstvenika) nalaže članovima uprave da se pri vođenju poslova društva

<sup>25</sup> Tipurić, D., op. cit., str. 104.

<sup>26</sup> Ibidem.

<sup>27</sup> Bainbridge, S. M., op.cit., str. 5.

<sup>28</sup> Eisenberg, M. A., op.cit., str. 27.

<sup>29</sup> Bainbridge, S. M., op.cit., str. 7.

<sup>30</sup> Revised Model Business Corporation Act (RMBCA), dostupno na <http://www.abanet.org/buslaw/library/onlinepublications/mbca2002.pdf> na dan 17. 1. 2008.



ponašaju u dobroj vjeri, na način za koji sam razumno misli da je u najboljem interesu za društvo i s pozornošću prosječno pozornog čovjeka koji bi se našao u sličnim okolnostima (standard pozornosti je objektivan – prosječno pozoran čovjek – ne prilagođava se svakom članu posebno. U slučaju da osoba ima određena posebna znanja i sposobnosti, da je stručnjak na određenom području ta je znanja dužan uporabiti i njegova se pozornost pretpostavlja – onako kako bi on morao biti pozoran s obzirom na svoja znanja i sposobnosti).<sup>31</sup>

ALI Principles of Corporate Governance određujući dužnu pozornost proširuju pretpostavke koje su postavljene RMBCA. Član uprave bit će oslobođen odgovornosti koja proizlazi iz dužnosti pozornosti, ako odluku osim što je donosi u dobroj vjeri i temeljem razumnog uvjerenja da je odluka u najboljem interesu društva sam nema osobni interes glede predmeta odlučivanja, a koji bi interes bio drukčiji od interesa društva. To znači da kod njega glede “transakcije”, koja je posljedica odluke, ne smije postojati:

- sukob interesa, s obzirom na to da ne smije biti suprotna stranka te povezanost s tom strankom i
- bilo kakva osobna financijska korist od te “transakcije” – zabrana transakcija u vlastitu korist (*self-dealing*), a prije odlučivanja o predmetu odlučivanja sakupio je količinu informacija koje su potrebne za donošenje predmetne odluke.<sup>32</sup>

ALI Principles sadrže i odredbu temeljem koje član uprave prije donošenja odluke mora prikupiti sve informacije koje su mu dostupne, odnosno za koje se od njega opravdano očekuje da ih može pribaviti. Isto tako član uprave mora razumno vjerovati da je odluka u najboljem interesu društva. Odluka mora biti u granicama razumnosti (*rational*), ne mora nužno biti opravdana (*reasonable*) s obzirom na sve okolnosti.<sup>33</sup>

Ako je djelovanje članova uprave protivno zakonu, “*business judgment rule*” se ne primjenjuje, iako su ispunjeni svi gornji uvjeti.

Može se zaključiti da je čvrsti standard odgovornosti direktora, kao strogi fiducijarni režim u teoriji, suprotstavljen nedostatku stvarne odgovornosti u praksi. Pravi regulator djelovanja direktora smatraju autori, u stvari je tržište!<sup>34</sup>

Razlika “*duty of care*” u odnosu na “*duty of loyalty*” je u tomu što se lojalnost smatra ozbiljnijim problemom, nego pozornost budući da nije konzistentna s potpunim i slobodnim objavljivanjem i rezultatima korekcija tržišta. Na taj način, zakon strogo kažnjava nelojalne menadžere ne dajući im

<sup>31</sup> §8.30(a) RMBCA; vidi i u Gerželj, G.: *Odškodninska obveznost kot posledica kršitve skrbnosti vestnega in poštenega gospodarstvenika*, Corporate governance v Sloveniji, ur. Katerina Zajc, Pravna fakulteta, Ljubljana, str. 172.

<sup>32</sup> Gerželj, G., op. cit., str. 172., preuzeto iz ALI Principles of Corporate Governance instituta (ALI Principles), v. § 4.01. (c).

<sup>33</sup> Ibidem.

<sup>34</sup> Hoffman, D. A.: Self-handicapping and manager’s duty of care, legal studies research paper series, 05.10.2007., dostupno na <http://ssrn.com/abstract=978200>, str. 5.

takvu zaštitu kakvu pruža pravilo poslovne prosudbe ili oslobođenje odgovornosti.<sup>35</sup>

### **Predmet *Smith v. Van Gorkom***

Prekretnicu u razvoju “*duty of care*”, koja se očekuje od direktora, odnosno menadžera društva predstavljao je predmet *Smith v. Van Gorkom*<sup>36</sup> u kojem je Vrhovni sud države Delaware, sredinom 80-ih godina prošlog stoljeća donio odluku u kojoj drži da su direktori povrijedili dužnu pozornost propuštajući “informirati se o svim informacijama koje su im opravdano (*reasonably*) bile dostupne” i koje su mogle dovesti do daljnjeg dobitka dioničara vezano uz prodaju koja bi po općem saznanju priskrbila dioničarima značajnu dobit iznad tržišnih cijena.<sup>37</sup> I dok je djelovanje uprave značilo običnu nepažnju znanstvenici su smatrali da takvo djelovanje nije povreda pažnje dobrog gospodarstvenika (povećana pažnja). Iako je presuda u predmetu *Van Gorkom* predstavljala prijetnju slobodnom poduzetništvu i korporativnom kapitalizmu, sud je ipak sugerirao da uprava može izbjeći odgovornost ukoliko uzme u obzir nepristrano mišljenje, a ukoliko takvo mišljenje nije očito neistinito.<sup>38</sup>

Upravo je ovaj predmet predstavljao temelj za tumačenje pravila poslovne prosudbe u američkom pravu, a koje se sada uvodi izmjenama i dopunama ZTD-a u hrvatsko zakonodavstvo.

Već godinu dana nakon predmeta *Van Gorkom* u Opći zakon o trgovačkim društvima države Delaware (The Delaware General Corporation Law, DGCL),<sup>39</sup> unesena je odredba sukladno kojoj direktori ne odgovaraju, ako su prikupili sve informacije koje su im opravdano bile dostupne. Direktori ne mogu ograničiti ili se osloboditi odgovornosti ako su nanijeli novčanu štetu društvu povredom “*duty of loyalty*”, ne postupajući u dobroj vjeri i pribavljajući svojim djelovanjem osobnu korist.<sup>40</sup>

Međutim, usprkos nastojanjima da se direktorima dopusti autonomija u donošenju poslovnih odluka, sudovi države Delaware znatno su proširili obvezu direktora u zaštiti najboljih interese dioničara. Većina obveza pojavila se kao odgovor na uznemiravajuće odluke u preuzimanjima iz ranih i srednjih osamdesetih godina prošlog stoljeća koja je dovela do novih modela obavljanja dužnosti koji su u znatnoj mjeri nadomjestili dužnu pozornost.<sup>41</sup>

<sup>35</sup> Ibidem, str. 7.

<sup>36</sup> Odluka suda države Delaware iz 1985.

<sup>37</sup> Lubben, S. J., Darnell, A. J.: *Delaware's duty of care*, dostupno na [http://papers.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=706481](http://papers.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=706481), str. 590.; vidi i Bishop, C.G.: *A Good Faith Revival of Duty of Care Liability in Business Organization Law*, Legal Studies Research Paper Series, Research Paper 07-02, January 2007, dostupno na <http://ssrn.com/abstract=930402>, str. 483.

<sup>38</sup> Ibidem, str. 599. i 600.

<sup>39</sup> The Delaware General Corporation Law, sekcija 102(b)(7), dostupno na <http://delcode.delaware.gov/title8/c001/sc01/index.shtml#TopOfPage>.

<sup>40</sup> Lubben, S.J., Darnell, A. J., op. cit., str. 591.

<sup>41</sup> Ibidem, str. 601.



U kasnijim odlukama<sup>42</sup> sudovi države Delaware iznose gledišta da “sud mora odlučiti jesu li direktori donijeli opravdanu (*reasonable*) odluku, ne savršenu (*perfect*) odluku”. Ako je uprava izabrala neku od više opravdanih alternativa, sud ne smije dovoditi u sumnju izbor uprave i procjenjivati jesu li članovi uprave mogli odlučiti drukčije ili jesu li kasnije okolnosti mogle uzrokovati dvojbu u stajalište uprave. Sudovi se neće miješati u poslovnu prosudbu već će odrediti je li direktorska odluka bila u ravnoteži s njezinom opravdanosti.<sup>43</sup>

Razvoj standarda “*business judgment rule*” u SAD-u, ima za posljedicu da se dva desetljeća nakon predmeta *Smith v. Van Gorkom*<sup>44</sup> postavlja pitanje primjenjuju li sudovi uopće “*duty of care*” te je li to dobro ili ne?

Možemo zaključiti da nakon što se direktori uključe u postupak sakupljanja i analiziranja relevantnih podataka primjenom njihovih stručnih i specijalističkih znanja njihova se dužna pozornost podrazumijeva.

Sudovi u Delaware ne preispituju svaku poslovnu odluku, bez obzira na loš rezultat iste, nego predmete u kojima bi prije primjenjivali “*duty of care*” sada uvrštavaju u druge dužnosti, čak i kada to ne odgovara svrsi, a sve u svrhu ne ulaženja u prosuđivanje poduzetničkih odluka. Primjeri takvog trenda nalaze se u odlukama Vrhovnog suda države Delaware u *Omnicare, Inc. v. NCS Healthcare, Inc.*<sup>45</sup>

## 2.2. “Duty of loyalty” (Dužnost lojalnosti)

Dužnost lojalnosti zahtijeva od menadžera pošteno postupanje kada je zainteresiran za transakciju ili za tijek vođenja poslova društva. Menadžer se smatra zainteresiranim, u slučaju primjene dužnosti lojalnosti, kada on, njegov suradnik ili član obitelji ima financijski interes u toj transakciji ili tijekom vođenja poslova društva.

ALI Principles of Corporate Governance definiraju “interes” za potrebe dužnosti lojalnosti. Direktor je “zainteresiran” za transakciju ili vođenje poslova ako je stranka u transakciji ili vođenju poslova. Ako je poslovno, financijski ili obiteljski povezan sa strankom koja sudjeluje u transakciji ili vođenju poslova i ako se može razumno očekivati da će ta povezanost utjecati na direktorovu odluku, a koja se odnosi na tu transakciju ili vođenje na način suprotan interesu društva i ako ima materijalni novčani interes u transakciji ili vođenju poslova i može se razumno očekivati da će taj interes utjecati na direktorovu odluku koji je suprotan interesu društva.<sup>46</sup>

Transakcija koja će utjecati na društvo je ona u kojoj je direktor stranka, ili ima saznanje i materijalni financijski interes u transakciji koji mu je poznat, ili

<sup>42</sup> Na primjer odluke *Unocal Corp. v. Mesa Petroleum Co.*, *Unitrin, Inc. v. American General Corp.*

<sup>43</sup> Ibidem, str. 611. i 612., sudska odluka *Unocal*.

<sup>44</sup> Ibidem, str. 599., *Smith V. Gorkom* (Del.1985).

<sup>45</sup> Ibidem, str. 589.

<sup>46</sup> Eisenberg, M. A., op. cit., str. 27.

ima saznanje da je s njim povezana osoba stranka, ili ima materijalni financijski interes u transakciji.<sup>47</sup>

S obzirom na to da, niti članovi društva, niti sudovi ne mogu efektivno nadzirati svakodnevni menadžment, pravnim propisima je osigurana lojalnost direktora interesima društva. Dužnost lojalnosti dopušta oslobođenje za direktore, koji su bili u sukobu interesa, ako je njihovo ponašanje bilo odobreno od direktora koji nisu imali interes u odlučivanju, ili članovima društva, ili kad mogu dokazati da je ono bilo fer prema društvu. Dužnost lojalnosti jednostavno se može definirati kao zabrana djelovanja direktora u svom vlastitom interesu te je takvo djelovanje dopušteno jedino uz odobrenje članova društva.<sup>48</sup>

Pogreške direktora mogu se tumačiti kao sastavni dio prava direktora na diskrecijsku ocjenu i samo u ekstremnim slučajevima, kada se postavlja pitanje nemarnosti direktora, sudovi trebaju ulaziti u ono što je u ostalim slučajevima ugovorni odnos između članova društva i njihovih izabranih predstavnika.<sup>49</sup>

Dužnost lojalnosti društvu (*"duty of loyalty"*) nadovezuje se na dužnu pozornost i osigurava društvo pred takvim djelovanjem članova uprave u kojem bi vlastite interese u okviru obavljanja svojih dužnosti u društvu postavili pred interese tog društva s obzirom na njegove članove. Povrede dužnosti lojalnosti društvu, moguće je prilikom transakcije u vlastitu korist (*"self-dealing transactions"*), pri nagrađivanju članova uprave (*"executive compensation"*) i pri iskorištavanju pogodnosti koje im daje položaj člana uprave za svoje potrebe (*"corporate opportunity"*)<sup>50</sup>.

Do transakcija u vlastitu korist dolazi ukoliko su društvo i član uprave tog društva suprotne stranke istog pravnog posla. Pri tomu nije nužno da je član uprave druga stranka posla. Dovoljno je da mu taj pravni posao priskrbuje određenu korist (taj član se dalje naziva ovisni član uprave).<sup>51</sup> Pri nagrađivanju članova uprave (*executive compensation*) može se naići na povredu dužnosti lojalnosti društvu do koje dolazi u slučaju kada članovi uprave pridobiju toliki utjecaj i autoritet u društvu koje vode da imaju mogućnost utjecaja na odluke koje se odnose na njihovo nagrađivanje. Problem nagrađivanja članova uprave može se označiti kao poseban primjer transakcija u vlastitu korist i zato ga se rješava na sličan način kao transakcije u vlastitu korist.

### 2.3. "Duty of good faith" (Dužnost dobre vjere)

Značajan napredak u pravu društava, postignut je nizom presuda sudova u državi Delaware. Presudama je uz tradicionalne dužnosti pozornosti i lojalnosti definirana i dužnost dobre vjere.<sup>52</sup>

<sup>47</sup> Ibidem, str. 28.; tako i §8.60, Model Business Corporation Act, dostupno na <http://www.abanet.org/buslaw/library/onlinepublications/mbca2002.pdf> na dan 17. 1. 2008.

<sup>48</sup> Ribstein, L. E., Alces, K. A., op. cit., str. 6.

<sup>49</sup> Lubben, S. J., Darnell, A. J., op. cit., str. 630.

<sup>50</sup> Gerželj, G., op. cit., str. 174., 175.; vidi § 5.02. ALI Principles

<sup>51</sup> Ibidem.

<sup>52</sup> Eisenberg, M. A., op. cit., str. 1.

Dužnost dobre vjere sadrži opću, temeljnu koncepciju i specijalne obveze koje tu koncepciju čine. Temeljna koncepcija sadržava četiri elementa: subjektivno poštenje ili iskrenost; pridržavanje općeprihvaćenih standarda morala koji se primjenjuje u vođenju posla; poštivanje općeprihvaćenih temeljnih pravila trgovačkih društava i vjernost trgovačkom društvu.<sup>53</sup>

Slijedom navedenog, standard postupanja koji se podrazumijeva pod dužnošću pozornosti zahtijeva da menadžer, kada ne djeluje u svom osobnom interesu, svoje obveze obavlja na način kako on razumno vjeruje da će biti u najboljem interesu za društvo, u svrhu maksimiziranja dobiti društva i dioničara. Dužnosti pozornosti i lojalnosti su temelj za donošenje prosudbe o odgovornosti, a dužnost dobre vjere osigurava sudovima principijelnu bazu za artikuliranje nove specifične fiducijarne obveze koja se javlja kao prikladan odgovor na socijalne i poslovne norme i opće shvaćanje efikasnosti i ostalih razmatranja koja se ne mogu svrstati pod obvezu pozornosti i lojalnosti.<sup>54</sup>

U odluci *Disney IV*<sup>55</sup> definirana je dužnost dobre vjere:

“Dobra vjera koja se zahtijeva od člana uprave/nadzornog odbora ne uključuje samo dužnu pozornost i lojalnosti, nego i sve ostale radnje koje se zahtijevaju temeljem prave vjernosti i posvećenosti interesima društva i njegovih članova. Neprimjena ponašanja u dobroj vjeri može se vidjeti i kada član uprave/nadzornog odbora djeluje s namjerom da povrijedi pozitivno pravo ili kada namjerno propušta djelovati kako je propisano pokazujući na taj način namjerno kršenje svojih obveza. Postoje i drugi način nepoštivanja ove dužnosti, ali se isti trebaju dokazivati dok su ova tri najistaknutija.”<sup>56</sup>

Lakše je okarakterizirati određeno ponašanje kao ponašanje u nedostatku postupanja u skladu s dužnošću dobre vjere, nego osigurati njezinu definiciju.<sup>57</sup>

U korporativnom pravu postoje tri temeljna elementa dužnosti dobre vjere. Dužnost dobre vjere u korporativnom pravu zahtijeva da član uprave/nadzornog odbora ne vrijeđa opće prihvaćene standarde ponašanja u vođenju posla. Ovaj element odražava se na razumna očekivanja društva i približava se standardu shvaćanja dobre vjere u općoj uporabi: “u skladu s standardima morala”. Dužnost dobre vjere u korporativnom pravu zahtijeva da član uprave/nadzornog odbora ne povrijedi općeprihvaćene temeljne norme društva. Ovaj se element odnosi na temeljne akte društva koji takve norme sadržavaju. Dužnost dobre vjere u korporativnom pravu zahtijeva od člana uprave/nadzornog odbora vjernost društvu.<sup>58</sup> Ovo obuhvaća razumna očekivanja članova društva i pridržavanje standardima postupanja.<sup>59</sup>

<sup>53</sup> Ibidem, str. 1. i 5.

<sup>54</sup> Ibidem, str. 5.

<sup>55</sup> Ibidem, str. 19. Odluka *Disney IV* jedna je od četiri odluke u predmetu *In re Walt Disney Co. Derivative Litig.* (*Disney IV* je odluka iz 2005. godine (Del.Ch. Feb, 4, 2005).

<sup>56</sup> Ibidem, str. 20.

<sup>57</sup> Ibidem, str. 21.

<sup>58</sup> Ibidem, str. 24.

<sup>59</sup> Ibidem, str. 24.

### 3. Pravni standard pozornosti urednog i savjesnog gospodarstvenika

Hrvatsko pravo poznaje dužnu pozornost urednog i savjesnog gospodarstvenika koji djelomično odgovara američkom standardu “*duty of care*”, a prikaz se daje u nastavku teksta.

#### 3.1. Sadržaj odgovornosti člana uprave

##### 3.1.1. Standard pozornosti urednog i savjesnog gospodarstvenika

Uprava je organ društva koji vodi poslove društva i zastupa društvo. Te ovlasti uprave ne mogu se ograničiti.<sup>60</sup> Članovi uprave moraju voditi poslove društva s pozornošću urednog i savjesnog gospodarstvenika i čuvati poslovnu tajnu društva.<sup>61</sup>

Osim obveze članova uprave vođenja poslova društva s dužnom pozornošću, pozornost urednog i savjesnog gospodarstvenika propisana je kao kriterij postupanja i za sve članove društva kada postupaju u ispunjenju svojih obveza.<sup>62</sup>

Vođenje poslova društva obuhvaća svako djelovanje usmjereno prema cilju radi kojeg je društvo osnovano u što su uključene sve pravne, ali i druge radnje članova uprave<sup>63</sup>. Prilikom analize pozornosti članova uprave te članova upravnog i nadzornog odbora, osim odredbi ZTD-a u obzir treba uzeti i propise obveznog prava kojim se određuju mjerila pozornosti.

Odredbe ZTD-a, koje se odnose na dužnu pozornost članova društva prisilne su naravi te se temeljnim aktima društva (statutom, društvenim ugovorom, izjavom o osnivanju društva) ne mogu proširiti niti ublažiti.<sup>64</sup> Članovi uprave moraju štiti interese društva i ne poduzimati radnje kojima bi mu mogli nanijeti štetu. U slučaju da članovi uprave povrijede svoje obveze, oni odgovaraju društvu kao solidarni dužnici.<sup>65</sup> Članovi uprave odgovaraju temeljem kriterija pretpostavljene krivnje te je jedina mogućnost oslobođanja odgovornosti za štetu, njihovo dokazivanje prilikom poduzimanja dužne radnje da nije postojala njihova krivnja.

Prilikom vođenja poslova društva član uprave, odnosno upravnog odbora mora postupati s prosječnom pozornošću koja je u struci u kojoj isti vodi poslove društva određena objektivnim mjerilima. Član uprave, koji ima posebna

<sup>60</sup> Čl. 240. i 241. ZTD-a.

<sup>61</sup> Čl. 252., st. 1. ZTD-a propisano je: “Članovi uprave moraju voditi poslove društva s pozornošću urednog i savjesnog gospodarstvenika i čuvati poslovnu tajnu društva. Član uprave ne postupi protivno obvezi o načinu vođenja poslova društva ako pri donošenju poduzetničke odluke smije na temelju primjerenih informacija razumno pretpostaviti da djeluje za dobrobit društva”

<sup>62</sup> Čl. 75. ZTD-a propisano je da su članovi društva u ispunjenju svojih obveza dužni postupati s pozornošću urednog i savjesnog gospodarstvenika.

<sup>63</sup> Barbić, J.: *Pravo društava, Knjiga druga, Društva kapitala*, Organizator, Zagreb, 2001., str. 356.

<sup>64</sup> Barbić, J. (2005), op. cit., str. 497.

<sup>65</sup> Čl. 252., st. 2. propisano je: “Članovi uprave koji povrijede svoje obveze odgovaraju za štetu društvu kao solidarni dužnici”.

znanja, bit će u obvezi ista primijeniti prilikom vođenja poslova društva, ukoliko se ista odnose na donošenje konkretne poslovne odluke. Međutim u obzir se uzima onaj stupanj pozornosti koji bi primijenila svaka stručna osoba prilikom postupanja u istim okolnostima. Član uprave neće se moći osloboditi odgovornosti za štetu koja proizlazi iz propuštanja pozornosti koja je propisana.

Pri određivanju u čemu se sastoji pozornost članova uprave, kako navodi prof. Barbić treba uzeti u obzir: a) dužnost članova uprave pridržavati se pravila kojima se uređuje unutrašnji život društva, b) dužnost postupanja po pravilima o djelovanju društva prema trećim osobama, c) obveza na međusobnu korektnu suradnju, d) dužnost postupanja u svemu s pažnjom koja se zahtijeva u struci, e) iskazivanje lojalnosti prema društvu i dioničarima i f) pridržavanje granica postavljenih slobodnoj poduzetničkoj prosudbi osoba koje vode poslove društva.<sup>66</sup>

Njemačko, austrijsko i slovensko pravo sadržavaju slična rješenja glede pozornosti članova uprave onom u hrvatskom pravu. Švicarsko i talijansko pravo imaju slična rješenja prema kojima su direktori dužni ispunjavati obveze koje proizlaze iz zakona i statuta pozornošću koju zahtijeva priroda položaja i njihove posebne sposobnosti.<sup>67</sup> Španjolsko pravo sadrži odredbe o pozornosti urednog trgovca i zastupnika i o dužnosti čuvanja poslovne tajne nakon prestanka mandata.<sup>68</sup>

Članovi uprave vođenje poslova društva obavljaju kao profesionalci, stručnjaci u području u kojem djeluje društvo čiji su članovi uprave. Oni moraju voditi poslove društva s pozornošću koja se prema objektivnim kriterijima očekuje u određenoj struci. Odredbom čl. 252. ZTD-a, određeni su slučajevi kada se treba smatrati da član uprave postupa u skladu s propisanim standardom pozornosti urednog i savjesnog gospodarstvenika. To su slučajevi kada član uprave pri donošenju poduzetničke odluke smije na temelju primjerenih informacija razumno pretpostaviti da djeluje za dobrobit društva. Ovom zakonskom odredbom uvodi se u hrvatsko pravo trgovačkih društava pravilo poslovne prosudbe. Pravilom poslovne prosudbe daje se kao mogućnost članovima uprave i upravnog odbora, koji vode poslove društva oslobođenje odgovornosti za poduzetničke, odnosno poslovne odluke ako dokažu da su odluku donijeli temeljem primjerenih informacija i uporabom svojeg stručnog znanja.

### 3.1.2. *Primjena Zakona o obveznim odnosima*

S obzirom na to da ZTD ne daje definiciju pravnog standarda pozornosti dobrog gospodarstvenika te je u konkretnoj analizi nužno utvrditi definiranje tog standarda, sukladno Zakonu o obveznim odnosima (dalje: ZOO)<sup>69</sup>. Člankom

<sup>66</sup> Barbić, J. (2005.), op. cit., str. 498.

<sup>67</sup> Čl. 717., st. 1. švicarskog Obligationenrecht; čl. 2392., st. 1. talijanskog Codice Civile.

<sup>68</sup> Barbić, J. (2005.), op. cit., str. 496., fusnota 598.

<sup>69</sup> Zakon o obveznim odnosima, NN 35/05.

10. ZOO, propisano je da je svaki sudionik u obveznom odnosu dužan ispunjavati svoje obveze, postupati s pažnjom koja se u pravnom prometu zahtijeva u odgovarajućoj vrsti obveznih odnosa (pažnja dobrog gospodarstvenika, odnosno pažnja dobrog domaćina). Prilikom ispunjavanja obveza iz profesionalne djelatnosti, sudionik u obveznom odnosu dužan je postupati s povećanom pažnjom, prema pravilima struke i običajima (pažnja dobrog stručnjaka).<sup>70</sup>

Ovisno o tome radi li se o pitanju građanskopravnog ili obveznog odnosa u trgovačkom pravu primjenjivat će se pozornost dobrog domaćina ili pozornost dobrog gospodarstvenika. Kriteriji pozornosti dobrog domaćina ili dobrog gospodarstvenika postavljeni su objektivno, te se prilikom prosudbe ne polazi od osobnih svojstava i okolnosti u kojima se nalazi domaćin ili gospodarstvenik, već se zahtijeva apstraktna, objektivna pozornost.<sup>71</sup>

Standard dobrog gospodarstvenika, zahtijeva se kada je sudionik obveznog odnosa gospodarstvenik (obrtnik, trgovac, trgovačko društvo, pravna osoba) čiji je predmet poslovanja obavljanje određene gospodarske djelatnosti.<sup>72</sup>

Ovaj će se kriterij morati primijeniti i prilikom procjenjivanja pozornosti člana uprave, odnosno izvršnog direktora upravnog odbora, time da se treba uzeti u obzir povećani stupanj pozornosti. Članovi uprave, odnosno izvršni direktori profesionalni su menadžeri koji kao svoj jedini posao obavljaju posao člana uprave, odnosno izvršnog direktora, dakle to im je profesionalna djelatnost. Prilikom poduzimanja radnji koje se odnose na vođenje poslova društva dužni su postupati s povećanom pažnjom u skladu s pravilima struke i običajima. Pretpostavlja se, dakle da su članovi uprave profesionalne (stručne) osobe, pa su kao takve dužne voditi poslove s dužnom pozornošću koju zahtijeva pojedina struka.<sup>73</sup> Radi se o postupanju koje bi primijenio samostalni voditelj poduzeća, koji je svjestan svojih dužnosti i koji ne upravlja poslovanjem svojim, već tuđim sredstvima, na način na koji bi to činila i osoba kojoj je povjerena briga o tuđim imovinskim interesima.<sup>74</sup>

Pozornost dobrog stručnjaka zahtijeva se od osobe koja se profesionalno bavi određenom djelatnošću. Stupanj povećane pozornosti određuje se prema pravilima struke i prema poslovnim običajima stvorenim pri obavljanju određene gospodarske djelatnosti. Konkretnu pozornost dobrog domaćina, gospodarstvenika ili stručnjaka određuje ovisno o vrsti ugovora, činjeničnom stanju, poslovnim običajima, pravilima struke itd. sud uzimajući u obzir i sve relevantne okolnosti slučaja. To je upravo ona pozornost koja se u konkretnim prilikama od dobrog domaćina, dobrog gospodarstvenika i dobrog stručnjaka redovito

<sup>70</sup> ZTD rabi termin "pozornost", dok ZOO koristi termin "pažnja". Mišljenja smo da se radi o sinonimima te će se u tekstu rabiti termin pozornost.

<sup>71</sup> Gorenc, V.: *Komentar Zakona o obveznim odnosima*, RRIF, Zagreb, 2005., str. 21.

<sup>72</sup> Ibidem, str. 22.

<sup>73</sup> Pavlović, M.: *Odgovornost za štetu nesavjesnih članova uprava i nadzornih odbora počinjenih društvu i vjerovnicima društva*, Hrvatska pravna revija, prosinac 2005., str. 38.

<sup>74</sup> Barbić, J.: (2001.), op. cit., str. 382.



očekuje, odnosno kako zakon određuje: “koja se u pravnom prometu (od njih) zahtijeva.”<sup>75</sup>

U djelovanju članova uprave vrijede mjerila sposobnosti koja su se profilirala u poslovno menadžerskoj struci – stručno znanje i pozornost prosječnog člana uprave mjerila su po kojima se procjenjuje krivnja člana uprave. Ako se član uprave ne rabi tolikom pozornosti to znači da se ponaša nemarno. Pri tomu nije moguće kao mjerilo uzeti subjektivna mjerila tog člana uprave i tako ga osloboditi odgovornosti, već je u slučaju kada nije bio dovoljno stručan za donošenje konkretnih odluka trebao o vlastitom trošku priskrbiti stručnu pomoć.<sup>76</sup>

Pozornost urednog i savjesnog gospodarstvenika smatra se pravnim standardom.<sup>77</sup> Njime se uređuje spektar ponašanja članova uprave koji nije moguće konkretno definirati budući da nije moguće predvidjeti koja će konkretna ponašanja i odluke dovesti do smanjenja dobrobiti društva, a koje bi se mogle okarakterizirati kao odluke donesene sa smanjenom pozornosti u odnosu na pozornost pretpostavljenu zakonom. Postavljanje pravnog standarda dovodi do povećanja pravne sigurnosti te je ono pretpostavka za procjenu stupnja rizika koji uprava preuzima djelujući u korist svojeg društva u tržišnim uvjetima kako bi ostvarila najbolje rezultate. Prilikom donošenja poslovnih odluka uvijek valja imati na umu i visoki stupanj rizika koji kod istog može postojati, ali i visoku osposobljenost članova uprave da taj rizik smanje na minimum služeći se upravo svojim stručnim znanjima temeljem kojih su i postavljeni na mjesto članova uprave.

Članovi uprave koji povrijede svoje obveze odgovaraju za štetu društvu. Ako ih ima više odgovaraju kao solidarni dužnici<sup>78</sup>. U slučaju spora članovi uprave mogu se osloboditi odgovornosti za štetu ako dokažu da su primijenili pozornost urednog i savjesnog gospodarstvenika.

Postojeća pravna praksa nudi relativno mali broj odluka viših sudova (Visoki trgovački sud Republike Hrvatske: dalje VTSRH i Vrhovni sud Republike Hrvatske) koje upućuju na primjenu standarda pozornosti urednog i savjesnog gospodarstvenika.

Odlukom VTSRH poslovni broj PŽ-8360/03 od 5. rujna 2006. godine,<sup>79</sup> definirano je da vjerovnik može podnijeti zahtjev za naknadu štete i od člana društva ako svoju tražbinu ne može podmiriti od društva. Činjenicu nemogućnosti

<sup>75</sup> Gorenc, V., op. cit., str. 23.

<sup>76</sup> Gerželj, G., op. cit., str. 178.

<sup>77</sup> Ibidem. “Pravni standardi određuju pravnim subjektima zahtjev za ponašanjem koje je tipično za ponašanje u određenom području djelovanja i u skladu s tim djelovanjem postavljeno kao mjerilo ponašanja. U pravilu se pravni standardi primjenjuju u situacijama kada postoji određena mogućnost iznijansirano ponašanja u toj mjeri da je nije moguće jezično i pravno-tehnički izraziti, niti u zakonu, niti u drugom formalnom izvoru.

<sup>78</sup> Čl. 252. st. 2. ZTD-a.

<sup>79</sup> Objavljeno u Izboru odluka VTSRH, br. 12 iz 2006. godine; dostupno na [http://www.vtsrh.hr/Download/2007/06/21/ZBIRKA\\_121.pdf](http://www.vtsrh.hr/Download/2007/06/21/ZBIRKA_121.pdf), str. 136. i 137.

namirenja tražbine od društva vjerovnik ne mora dokazivati time što se u sudskom, ovršnom ili nekom drugom postupku nije mogao naplatiti od društva, ali je postavljajući zahtjev za naknadom štete od člana uprave društva dužan ukazati na činjenicu da mu društvo ne može ispuniti obvezu i tu činjenicu tijekom postupka dokazati.

U ovoj svojoj odluci sud daje procjenu povrede dužnosti pozornosti na način da je zauzeo gledište da se povredom ove dužnosti smatra postupanje članova uprave u sklapanju novih poslova u ime i za račun društva u situaciji u kojoj je društvo prezaduženo, a što rezultira blokadom računa.

Odredbom čl. 252., st. 5. ZTD-a, propisano je da zahtjev za naknadu štete mogu postaviti vjerovnici društva ako svoje tražbine ne mogu podmiriti od društva, što vrijedi u slučajevima, osim onih iz st. 3. toga članka,<sup>80</sup> samo onda ako član uprave grubo povrijedi dužnost da primijeni pozornost urednog i savjesnog gospodarstvenika. Dakle, dvije su pretpostavke da vjerovnik može podmiriti svoje tražbine prema članu uprave društva: 1. nemogućnost da se namiri od društva i 2. gruba povreda pozornosti člana uprave. Sud je zauzeo gledište kako sama činjenica blokade računa društva u vrijeme kada to društvo kao kupac sklapa ugovor o prodaji ne ukazuje na grubu povredu dužnosti primjene pozornosti urednog i savjesnog gospodarstvenika od strane člana uprave društva. Teret dokaza postojanja činjenica koje ukazuju na ovakvu kvalificiranu krivnju člana uprave jest na vjerovniku, u ovom slučaju na tužitelju.

Slično gledište iznio je VTSRH u svojoj odluci poslovni broj PŽ-2775/03 od 10. prosinca 2002.,<sup>81</sup> u kojoj se ističe da je član uprave društva odgovoran za naknadu štete vjerovniku koji nije mogao svoja potraživanja naplatiti od društva.

Istaknuto je da je direktor, kao član uprave društva, dužan voditi društvo uzimajući u obzir saznanja sigurnog i praktično oprobano gospodarenja, pazeći na sve mjerodavne propise, formirati uvijek točnu sliku o položaju trgovačkog društva, osobito o njegovoj rentabilnosti i likvidnosti tijeku poslova, položaju na

<sup>80</sup> Čl. 252. st. 3. ZTD-a propisuje:

“Članovi uprave naročito su odgovorni za štetu ako suprotno ovome Zakonu:

1. vrate dioničarima ono što su uložili u društvo,
2. isplate dioničarima kamate ili dividendu,
3. upišu, steknu, uzmu u zalog ili povuku vlastite dionice društva ili nekoga drugoga društva,
4. izdaju dionice prije nego što se za njih u cjelini uplatili iznos za koji su izdane,
5. razdijele imovinu društva,
6. obave plaćanja nakon što nastupi nesposobnost društva za plaćanje, odnosno nakon što dođe do prezaduženosti društva,
7. dadu naknadu članovima nadzornog odbora,
8. dadu kredit,
9. kod uvjetnog povećanja kapitala izdaju dionice suprotno svrsi ili prije nego što se one u cjelini uplate.”

<sup>81</sup> Objavljeno u Zbirci odluka VTSRH od 2005. godine dostupno na <http://www.vtsrh.hr/Download/2006/03/10/ZBIRKA10.pdf> na str. 155. i 156.

tržištu i konkurentskoj sposobnosti. Slijedom navedenog, očito je da tuženi nije vodio poslove društva s pozornošću urednog i savjesnog gospodarstvenika i temeljem čl. 252., st. 5. u vezi s čl. 430., st. 1. i 5. ZTD-a ostvario pravo traženja neposredne naknade štete od člana uprave. Sud je usvojio ovakav tužbeni zahtjev i zauzeo gledište da vjerovnik trgovačkih društava ima pravo na zahtjev protiv člana tih društava pod uvjetima uređenim u citiranim zakonskim odredbama.

Odlukom VTSRH poslovni broj PŽ-5916/00 od 19. studenog 2002.,<sup>82</sup> definira se pozornost urednog i savjesnog gospodarstvenika na način isticanja kako je član uprave odgovoran za naknadu štete vjerovniku kojem je nanio štetu time što je... potraživanje naplatio od društva.

Član uprave mora voditi poslove društva s pozornošću urednog i savjesnog gospodarstvenika. Naručivanjem robe za tvrtku koja je bila insolventna te koristeći se pri sklapanju bivšim imenom društva član je uprave postupao očito nesavjesno.

Prvostupanjski sud je utvrdio da je tuženik, kao direktor i osnivač društva, od tužitelja naručio i preuzeo predmetnu robu iako je njegovo društvo u to vrijeme bilo u blokadi i pritom se koristio ranijim imenom tvrtke. Iako je ta tvrtka u to vrijeme promijenila ime on se koristio prilikom sklapanja pravnog posla kupnje i prodaje imenom društva koje se ne može koristiti u pravnom prometu.

### 3.1.3. Poduzetničke odluke

Vođenje poslova društva s pozornošću urednog i savjesnog gospodarstvenika, odnosno sukladno ZOO-u, s pozornošću dobrog stručnjaka članovi uprave dužni su prilikom donošenja poduzetničkih odluka. Poduzetničkim odlukama smatraju se sve odluke koje se odnose na vođenje društva i zastupanje društva prema trećima, a koje se izravno ili neizravno tiču dobrobiti društva i to dobrobiti koju treba promatrati s gledišta člana uprave u situaciji i okolnostima kakve su bile u vrijeme kada je odluka donesena.<sup>83</sup>

Član uprave dužan je postupati s pozornošću dobrog stručnjaka na način da je pri donošenju poduzetničke odluke razumno pretpostavio, a temeljem primjerenih informacija, djelovao za dobrobit društva. Potrebno je prilikom prosudbe je li član uprave postupao u skladu s ovom zakonskom odredbom uzeti u obzir mjerilo kojim se određuje razumno pretpostavljanje djelovanja za dobrobit društva. To razumno pretpostavljanje trebalo bi biti mjerilo postavljeno u skladu s prosudbom osobe koja posjeduje određenu količinu znanja i iskustva koja prelazi količinu znanja i iskustva koje posjeduje prosječna osoba. Predmet analize bit će količina i primjerenost informacija, koje je član uprave pribavio, kako bi temeljem istih donio odluku. Ukoliko su informacije bile primjerene,

<sup>82</sup> Objavljeno u Zborniku odluka VTSRH od 94-04 dostupno na <http://www.vtsrh.hr/default.asp?gl=200409290000050>.

<sup>83</sup> Orehovec, T., op. cit., str. 126.

član će se uprave, pozivajući na pravilo poslovne prosudbe, moći osloboditi odgovornosti za eventualnu štetu koju je njegova odluka prouzročila.

Uvođenjem pravila poslovne prosudbe u ZTD, omogućeno je definiranje poduzetničke odluke kao odluke koju temeljem stručnog znanja donosi član uprave. Uvođenjem pravila poslovne prosudbe u ZTD, pojasnit će se značenje dužne pozornosti i poduzetničke odluke. Uvođenjem pravila poslovne prosudbe pruža se mogućnost sudovima da ako član uprave, odnosno upravnog odbora dokaže da je kod donošenja poduzetničke odluke postupao s dužnom pozornošću na način da se informirao o svim relevantnim okolnostima potrebnim za donošenje opravdane odluke te je postupao u skladu s primjerenim stručnim mjerilima izuzme njegova odluka od daljnjeg prosuđivanja.

### 3.1.4. Poslovna tajna društva

Pravni standard pozornosti urednog i savjesnog gospodarstvenika obuhvaća i čuvanje poslovne tajne društva.<sup>84</sup> Radi se o svim informacijama koje je član uprave saznao u obavljanju svojeg posla, a može procijeniti da se radi o povjerljivim podacima i tajnama bilo u odnosu na djelovanje društva, bilo u odnosu na treće osobe koje s tim društvom imaju bilo kakvu vezu.

Poslovne informacije mogu biti sve informacije koje je član uprave saznao i ne ograničavaju se samo na njegovo djelovanje nego mogu proizlaziti iz priopćenja trećih osoba, drugih članova društva, članova uprave, nadzornog odbora, suradnika, zaposlenih i svih trećih osoba.<sup>85</sup> Pri iznošenju tajne, kriterij je objektivni interes društva, odnosno bi li se iznošenjem informacija društvu mogla nanijeti šteta, neovisno o tomu je li informacija proglašena tajnom ili ne. Ova odredba o čuvanju tajne traje i nakon prestanka mandata članova uprave i predstavlja njihovu obvezu i u budućnosti.<sup>86</sup>

Poslovna tajna određena je Zakonom o zaštiti tajnosti podataka.<sup>87</sup> Poslovnu tajnu predstavljaju podaci koji su kao poslovna tajna određeni zakonom, drugim propisom ili općim aktom trgovačkog društva, ustanove ili pravne osobe, a koji predstavljaju proizvodnu tajnu, rezultate istraživačkog ili konstrukcijskog rada te druge podatke zbog čijeg bi priopćavanja neovlaštenoj osobi mogle nastupiti štetne posljedice za njezine gospodarske interese. Općim aktom se ne može odrediti da se svi podaci, koji se odnose na poslovanje pravne osobe, smatraju poslovnom tajnom niti se poslovnom tajnom mogu odrediti podaci čije priopćavanje nije razložno protivno interesima te pravne osobe. Poslovnom tajnom ne mogu se odrediti podaci koji su od značenja za poslovno povezivanje

<sup>84</sup> Čl. 252. ZTD-a.

<sup>85</sup> Vidi tako i za članove nadzornog odbora u Barbić, J.: *Dužna pozornost i odgovornost članova nadzornog odbora*, Računovodstvo, revizija i financije, br. 5/2007, str. 117.

<sup>86</sup> Orehovec, T., op. cit, str. 126.

<sup>87</sup> Zakon o zaštiti tajnosti podataka, NN 108/96.

pravnih osoba niti podaci koji se odnose na zaštićeno tehničko unapređenje, otkriće ili pronalazak.<sup>88</sup>

### *3.1.5. Dobrobit društva*

Dobrobit društva može se procjenjivati s gledišta članova društva, vjerovnika ili samog društva. Ovisno s kojeg se motrišta procjenjuje različitog je karaktera. ZTD-om je propisano da se trgovačka društva osnivaju za obavljanje gospodarske ili bilo koje druge zakonom dopuštene djelatnosti<sup>89</sup>. Kako su trgovačka društva po zakonskoj definiciji trgovci to se na ista može primijeniti i određenje da se gospodarska djelatnost obavlja radi ostvarivanja dobiti.<sup>90</sup> Možemo dakle zaključiti da bi dobrobit društva bila maksimiziranje tržišne vrijednosti društva i njegove imovine. Osim stajališta da je dobrobit društva isključivo usmjerena na ostvarivanje dobiti, neki su autori mišljenja da takav standard treba modificirati imajući u obzir i interes članova društva pa čak i njegovih radnika.<sup>91</sup>

Uzimajući u obzir karakter standarda dobrobit društva s obzirom na interese društva nužno je uzeti u obzir niz čimbenika, koji svi zajedno ili pojedinačno, mogu dovesti do dobrobiti društva. Dobrobit društva može se tumačiti tako da je dobrobit društva kada su ciljevi povećanja vrijednosti kapitala i ostvarivanja interesa radnika ujednačeni, iako se uobičajeno, prvi cilj obično više vrednuje nego drugi. Pri tom treba voditi računa da drugi cilj ne smije biti u cijelosti podređen prvom te ga imati u vidu samo u onoj mjeri u kojoj on doprinosi ostvarenju prvog cilja.<sup>92</sup>

### *3.2. Sadržaj odgovornosti članova upravnog odbora*

Pravni standard pozornosti dobrog i savjesnog gospodarstvenika primjenjuje se i na članove upravnog odbora na odgovarajući način<sup>93</sup> pri čemu se uzimaju u obzir zakonske odredbe, kojima se uređuje odgovornost članova uprave, ali i odgovornost članova nadzornog odbora ovisno o tome radi li se o izvršnim ili neizvršnim direktorima upravnog odbora.

Izvršni direktori vode poslove društva i zastupaju društvo<sup>94</sup>. Oni djeluju na način na koji djeluje i uprava društva pa je sukladno tomu njihova odgovornost identična odgovornosti članova uprave. Od njih se prilikom vođenja poslova društva očekuje povećani stupanj pozornosti, pozornost dobrog stručnjaka, dok se za neizvršne direktore, čija je funkcija na neki način slična funkciji članova nadzornog odbora, primjenjuju odredbe koje se odnose na pozornost članova

<sup>88</sup> Čl. 19. Zakona o zaštiti tajnosti podataka.

<sup>89</sup> Čl. 2. ZTD-a.

<sup>90</sup> Čl. 1. ZTD-a.

<sup>91</sup> Gerželj, G., op. cit., str. 181.

<sup>92</sup> Ibidem.

<sup>93</sup> Čl. 272.k. ZTD-a.

<sup>94</sup> Čl. 272.l., st. 2. i čl. 272.m. ZTD-a.

nadzornog odbora<sup>95</sup>. ZTD-om izričito je određeno da se na izvršne direktore glede dužne pozornosti i odgovornosti na odgovarajući način primjenjuju odredbe čl. 252. ZTD-a kojim se regulira odgovornost i pozornost članova uprave.

Odredbama ZTD-a, kojima se u hrvatsko pravo trgovačkih društava uvodi mogućnost izbora između dualističkog i monističkog sustava upravljanja omogućeno je i uvođenje pravila poslovne prosudbe iz razloga što je razlika monističkog od dualističkog sustava upravljanja u tomu da u monističkom sustavu upravni odbor kao cjelina daje naputke za rad (vođenje poslova i zastupanje društva) izvršnim direktorima. Ovo znači da su izvršni direktori dužni izvršiti radnju sukladno uputi neizvršnih direktora. Za razliku od ove vezanosti izvršnih direktora, uputama neizvršnih direktora kod dualističkog sustava upravljanja, nadzorni odbor nadzire vođenje poslova društva, te samo ukoliko je tako predviđeno daje suglasnost na odluke uprave<sup>96</sup>, dok uprava vodi poslove društva samostalno, na vlastitu odgovornost<sup>97</sup>.

Dualistički sustav upravljanja predviđa davanje suglasnosti od strane nadzornog odbora upravi društva u određenim situacijama. Ta suglasnost nema značaj davanja obvezne upute upravi za poduzimanje radnje za koju je dobila suglasnost, jer je na upravi odluka hoće li to učiniti ili ne. U monističkom se sustavu odluka neizvršnih članova o poduzimanju određene radnje upućena izvršnim direktorima mora provesti.<sup>98</sup> Izvršnim direktorima postavljaju se okviri djelovanja i daju smjernice za rad koje su za njih obvezne.<sup>99</sup>

Upravni odbor može u svako doba opozvati imenovanje izvršnih direktora i za to ne mora postojati važan razlog. Ovdje je bitna razlika položaja članova uprave u društvima s dualističkim ustrojem organa i izvršnih direktora u onima s monističkim ustrojem.<sup>100</sup>

Interpretacijom pravila poslovne prosudbe kako je ona zaživjela u američkom pravu može se omogućiti izvršnim direktorima oslobađanje od odgovornosti za štetu koja je prouzrokovana društvu ili trećima u situacijama kada su donijeli odluku suprotnu uputi neizvršnih direktora jer su postupali sukladno pravilu poslovne prosudbe te su temeljem primjerenih informacija razumno pretpostavili da djeluju za dobrobit društva.<sup>101</sup> Ovo je bitna kvaliteta pravila poslovne

<sup>95</sup> Čl. 272.k. vezano za čl. 272. i 252. ZTD-a.

<sup>96</sup> Čl. 263. ZTD-a.

<sup>97</sup> Čl. 240. ZTD-a.

<sup>98</sup> Barbić, J.: *Pregled odredaba Zakona o trgovačkim društvima o monističkom ustroju organa dioničkog društva*, Hrvatska pravna revija, prosinac 2007, Zagreb, str. 49.

<sup>99</sup> Ibidem.

<sup>100</sup> Ibidem, str. 52.

<sup>101</sup> Izvršne direktore imenuje upravni odbor (čl. 272.1.). Na opoziv članova upravnog odbora na odgovarajući se način primjenjuju odredbe čl. 259. i 260. ZTD-a kojima je propisano da imenovanog člana nadzornog odbora (u ovom slučaju primjenjuje se na člana upravnog odbora) može u svako doba opozvati onaj tko ga je imenovao. Ovakvom je odredbom dana mogućnost da se izvršnom direktoru otkaže mandat člana upravnog odbora iz npr. razloga nepoštivanja upute neizvršnih direktora te će pravilo poslovne prosudbe predstavljati ključnu mogućnost



prosudbe koje će biti od velike važnosti upravo u ovakvim situacijama kod trgovačkih društava koja su svoj ustroj formirale prema monističkom sustavu.

### 3.3. *Sadržaj odgovornosti članova nadzornog odbora*

Dužna pozornost i odgovornost člana nadzornog odbora<sup>102</sup> razlikuje se od dužne pozornosti članova uprave, budući da je posao člana nadzornog odbora sporedno djelovanje neke osobe za razliku od djelovanja člana uprave, odnosno izvršnog člana upravnog odbora.<sup>103</sup>

Pravni standard pozornosti urednog i savjesnog gospodarstvenika postavljen je i kao standard ponašanja članova nadzornog odbora. ZTD prilikom određivanja pozornosti članova nadzornog odbora upućuje da se na dužnost postupanja članova nadzornog odbora u obavljanju poslova odbora s dužnom pozornošću i na njihovu odgovornost na odgovarajući način primjenjuju odredbe čl. 252. ZTD-a<sup>104</sup>. ZTD određuje da su članovi nadzornog odbora dužni djelovati u interesu društva.<sup>105</sup> Kao posebna obveza članova nadzornog odbora navodi se da su isti obvezni čuvati kao poslovnu tajnu sve ono što saznaju iz povjerljivih izvješća i danih savjeta u društvu, a radi se o izvješćima i aktima, kojima se daju savjeti, ako su označeni kao poslovna tajna.<sup>106</sup>

Djelovanje osobe kao člana nadzornog odbora njezino je sporedno djelovanje. Članovi nadzornog odbora su stručnjaci koji su s obzirom na iskustvo i znanje stečeno u obavljanju svog glavnog posla pogodni i za obavljanje posla člana nadzornog odbora. Međutim, od njih se ne može očekivati da će prilikom obavljanja svog posla istome pružiti jednaku važnost koju svojem poslu daju članovi uprave. Upravo radi toga stupanj dužne pozornosti prilikom njihovog postupanja ne može biti identičan s ocjenjivanjem rada člana uprave.<sup>107</sup> Taj stupanj dužne pozornosti oni moraju pokazati prilikom obavljanja nadzorne funkcije.

Iz gore navedenog proizlazi da je potrebno razlikovati opseg i karakter odgovornosti člana uprave, odnosno izvršnog direktora u upravnom odboru od odgovornosti člana nadzornog odbora, odnosno neizvršnog direktora, ovisno radi li se o monističkom ili dualističkom sustavu korporativnog upravljanja.

---

izvršnog direktora koji se nađe u ovakvoj situaciji da opravda svoju odluku koja je suprotna uputi neizvršnog direktora upravnog odbora.

<sup>102</sup> Ova se pozornost primjenjuje i na neizvršne direktore upravnog odbora (čl. 272.k. vezano za čl. 272. ZTD-a).

<sup>103</sup> Djelovanje i pozornost koja se očekuje od člana uprave, odnosno nadzornog odbora međusobno se razlikuju. Od člana uprave zahtijeva se puni profesionalni angažman budući da je to njegov jedini posao. Njemu se ne tolerira kolizija interesa koja bi dala prednost drugim interesima pred interesima društva. Više vidi u Barbić, J. *Pregled odredaba ....*, op. cit., str. 176.

<sup>104</sup> Čl. 272. ZTD-a.

<sup>105</sup> Čl. 272. ZTD-a.

<sup>106</sup> Čl. 272. st. 2. ZTD-a.

<sup>107</sup> Barbić, J. (2007.), op. cit., *Dužna pozornost...*, str. 176.

Za određivanje pojma pozornosti članova nadzornog odbora, koja se od njih zahtijeva, valja uzeti u obzir da se isti moraju pridržavati pravila kojima se uređuje unutrašnji život društva, da su obvezni postupati po pravilima o djelovanju društva prema trećim osobama, da su obvezni na međusobnu korektnu suradnju.<sup>108</sup> U svemu su obvezni postupati s pažnjom koja se zahtijeva u struci, moraju pokazati lojalnost prema društvu i dioničarima i pridržavati se granica koje su stavljene slobodnoj prosudbi osoba koje nadziru vođenje poslova društva.<sup>109</sup>

Nadzorni odbor nadzire vođenje poslova društva. Nadzorni odbor može pregledavati i ispitivati poslovne knjige i dokumentaciju društva, blagajnu, vrijednosne papire i druge stvari. Podnosi glavnoj skupštini pisano izvješće o obavljenom nadzoru.<sup>110</sup>

U nadziranju poslova društva članovi nadzornog odbora moraju pokazivati prosječnu mjeru pozornosti koja se za to traži u struci u kojoj djeluje društvo. Interes članova nadzornog odbora ne smije se koristiti na štetu interesa društva što uključuje raspolaganje, odnosno čuvanje povjerljivih informacija kao tajnih<sup>111</sup>. Iako je Zakonom definirano koje se informacije imaju smatrati tajnim, nije potrebno svaku proglašavati tajnom. Dovoljno je da član nadzornog odbora procijeni da bi iznošenje određenog podatka moglo štetiti društvu na bilo koji način, čak i ako se takva informacija zbog proteka određenog vremena više neće smatrati poslovnom tajnom<sup>112</sup>. Obveza čuvanja tajne odnosit će se na sve članove nadzornog odbora.

Prilikom procjenjivanja odgovornosti za prouzročenu štetu od strane člana nadzornog odbora valja uzeti u obzir da članovi nadzornog odbora nadziru vođenje poslova društva.<sup>113</sup> Vođenje poslova društva ne može se prenijeti na nadzorni odbor. Samo se iznimno statutom ili odlukom nadzornog odbora može odrediti da se određene vrste poslova mogu obavljati uz prethodnu suglasnost nadzornog odbora. Odbije li nadzorni odbor dati suglasnost, uprava može zatražiti od glavne skupštine da ona dade potrebnu suglasnost. Glavna skupština donosi odluku o davanju suglasnosti s većinom od najmanje tri četvrtine od danih glasova<sup>114</sup>. Iz ovog proizlazi da članovi nadzornog odbora ne odgovaraju za vođenje poslova društva za što odgovaraju članovi uprave, već samo za eventualne propuste u provođenju nadzora, osim u iznimnom slučaju kada im je za određenu vrstu poslova dana ovlast, da za poduzimanje istih, mora postojati suglasnost nadzornog odbora upravi.

Prilikom procjenjivanja, pozornost člana nadzornog odbora za obavljanje nadzora rada uprave isti moraju pokazivati najmanje prosječnu mjeru pozornosti

<sup>108</sup> Ibidem, str. 177.

<sup>109</sup> Ibidem.

<sup>110</sup> Čl. 263. ZTD-a.

<sup>111</sup> Barbić, J. (2007), op. cit., *Dužna pozornost*,...str. 177.

<sup>112</sup> Ibidem, tako i Pavlović, M., op. cit., str. 38.

<sup>113</sup> Čl. 263. st. 1. ZTD-a.

<sup>114</sup> Čl. 263. st. 5. ZTD-a.

u obavljanju poslova nadzora. Ovdje će vrijediti pravilo da je viši stupanj pozornosti dužan pokazati onaj član nadzornog odbora čija je stručna razina viša kada je riječ o odluci koja se odnosi na područje djelovanja za koje je on posebno stručan<sup>115</sup>.

Članovi nadzornog odbora odgovarat će za nastanak štete društvu jedino u situacijama kada se odluka uprave, koja je prouzročila štetu društvu mogla donijeti samo temeljem njihove suglasnosti uzimajući pritom u obzir čl. 252., st. 4. ZTD-a, kojim je određeno da se u slučaju kada je radnja uprave odobrena od strane nadzornog odbora odgovornost uprave za štetu ne isključuje.

Jedino u slučaju kada je za odluku uprave u vođenju poslova društva potrebna suglasnost skupštine, te ju je uprava dobila, članovi uprave neće odgovornost za eventualnu štetu.<sup>116</sup>

Dužnost lojalnosti kao dužnost članova uprave, upravnog i nadzornog odbora sukladno hrvatskim pravnim propisima

ZTD u svojim općim odredbama definira odgovornost za obveze trgovačkog društva i njegovih članova na način da trgovačko društvo odgovara za svoje obveze svojom imovinom. Međutim, onaj član društva koji zlorabiti okolnost da kao član trgovačkog društva ne odgovara za obveze društva, ne može se pozvati na to da ne odgovara za te obveze. Smatra se da je ispunjena pretpostavka za odgovornost člana društva ako koristi društvo za postizanje cilja koji mu je inače zabranjen, ako koristi društvo da bi oštetio vjerovnike, ako protivno zakonu upravlja imovinom društva kao da je to njegova imovina i ako u svoju korist ili u korist neke druge osobe umanju imovinu društva, iako je znao ili morao znati da ono neće moći podmiriti svoje obveze.<sup>117</sup>

ZTD određuje dužnost lojalnosti člana uprave, upravnog i nadzornog odbora prema društvu. Dužnost lojalnosti uređena je zakonskim odredbama, kojima se uređuje zabrana konkurencije, način dodjele kredita članovima uprave, upravnog i nadzornog odbora te odredbama kojima se određuje način sklapanja ugovora tih članova s društvom te davanju naknada za rad.

Člankom 248. ZTD-a, uređuje se zabrana konkurencije, kojom se brani članu uprave da bez suglasnosti nadzornog odbora ne može za svoj ni za tuđi račun obavljati poslove koji ulaze u predmet poslovanja društva, ne može biti član uprave ni nadzornog odbora u drugom društvu koje se bavi poslovima iz predmeta poslovanja društva, a ne može ni u prostorijama društva obavljati poslove za svoj niti za tuđi račun. Bez te suglasnosti član uprave ne može biti ni član trgovačkog društva koji osobno odgovara za obveze tog društva, ako se ono bavi poslovima iz predmeta poslovanja društva. Ako član uprave postupi protivno zabrani konkurencije, društvo može tražiti od njega da mu naknadi

<sup>115</sup> Barbić, J. (2007.), op. cit., *Dužna pozornost...*, str. 178.

<sup>116</sup> Čl. 252. st. 4. ZTD-a propisuje: "Obveza naknade štete (za članove uprave) ne postoji ako se radnja članova uprave temelji na odluci glavne skupštine. Odobrene radnje od strane nadzornog odbora ne isključuju odgovornost...."

<sup>117</sup> Čl. 9. i 10., st. 3. i 4. ZTD-a.

time pričinjenu štetu. Umjesto toga može tražiti da dopusti da se poslovi koje je sklopio za svoj račun smatraju poslovima sklopljenim za račun društva, a da iz poslova koje je sklopio za tuđi račun prenese društvu ono što je za to primio.<sup>118</sup> Zabrana konkurencije primjenjuje se i na izvršne članove upravnog odbora.<sup>119</sup>

Ovakva primjena odredbi o zabrani konkurencije u priličnom se dijelu poklapa s američkim uređenjem *“duty of loyalty”*.

U hrvatskom zakonodavstvu riješeno je i pitanje transakcija u vlastitu korist. Društvo može dati kredit članovima uprave, prokuristima ili članovima njihovih užih obitelji samo na temelju odluke nadzornog odbora. Odluka se može odnositi samo na određene ugovore o kreditu ili vrste kredita, a ugovor se mora sklopiti najkasnije tri mjeseca od dana kada je donesena odluka kojom se kredit odobrava.<sup>120</sup> Ova se odredba odnosi i na izvršne direktore u upravnom odboru.<sup>121</sup> Davanje kredita članovima nadzornog odbora i članovima njihove uže obitelji dopušteno je samo uz odobrenje nadzornog odbora.<sup>122</sup>

ZTD predviđa i mogućnost sklapanja ugovora između društva i članova nadzornog odbora. U slučaju sklapanja ugovora između člana nadzornog odbora i društva izvan obavljanja posla člana nadzornog odbora nužna je suglasnost nadzornog odbora. Član, koji sklopi ugovor s društvom, a za to ne dobije suglasnost tog odbora, dužan je društvu vratiti sve što je na temelju toga od njega primio, osim ako nadzorni odbor kasnije ne dade suglasnost za takav ugovor.<sup>123</sup>

Problem nagrađivanja članova uprave u kojem bi članovi uprave imali utjecaj na određivanje nagrada za njihov rad, koji je prisutan u američkom monističkom sustavu, gdje su funkcije vođenja i nadzora nužno povezane, u dualističkom sustavu (kakav je sve do uvođenja monizma s novim Zakonom o izmjenama i dopunama ZTD-a bio i hrvatski pravni sustav) ne postoji, odnosno nužno je manji jer je funkcija nadzora, koja uključuje i nagrađivanje članova uprave, organizacijski odvojena od funkcije vođenja poslova društva.<sup>124</sup> Što se tiče

<sup>118</sup> Čl. 248. ZTD-a.

<sup>119</sup> Čl. 272. l. st. 8. ZTD-a.

<sup>120</sup> Čl. 249. ZTD-a.

<sup>121</sup> Čl. 272. l. st. 8. ZTD-a.

<sup>122</sup> Čl. 271. ZTD.

<sup>123</sup> Čl. 270. ZTD-a.

<sup>124</sup> Gerželj, G., op. cit., str. 180.

Čl. 246. ZTD-a određeno je da se:

“(1) Članovima uprave društva može se za njihov rad dati pravo da sudjeluju u dobiti društva.

(2) Ako se članovima uprave daje pravo da sudjeluju u dobiti tekuće godine, njihov se udio obračunava prema toj dobiti umanjenoj za gubitak iz prethodne godine i za iznose koji se po zakonu i statutu iz dobiti tekuće godine unose u rezerve društva. Drugačije određenje sudjelovanja članova uprave u dobiti društva ništavo je.”

Čl. 247. određeno je da:

“(1) Pri određivanju ukupnih primitaka pojedinoga člana uprave (plaće, sudjelovanja u dobiti, nadoknadi izdataka, plaćanju premija osiguranja, provizija i svih ostalih davanja) nadzorni odbor mora brinuti o tome da ukupni iznosi primanja budu u primjerenome odnosu posla koji obavlja član uprave i stanja društva.

naknada za rad članova nadzornog odbora propisao je da se naknada određuje statutom društva, a može je odobriti i glavna skupština društva. Naknada mora biti primjerena poslovima koje obavlja član odbora i stanju društva.<sup>125</sup>

#### **4. Odgovornost za štetu članova uprave i nadzornog, odnosno upravnog odbora**

U slučaju odgovornosti za štetu člana uprave i nadzornog odbora, odnosno upravnog odbora subjekt odgovoran za nastanak štete je član uprave, odnosno nadzornog ili upravnog odbora. Štetna radnja manifestira se u njihovom propustu postupanja s dužnom pozornosti. Šteta mora nastati na strani društva, članova društva ili vjerovnika.<sup>126</sup>

Kod procjene odgovornosti za štetu počinjenu društvu od strane članova uprave, primjenjuje se kriterij odgovornosti za štetu temeljem pretpostavljene krivnje.<sup>127</sup> Članovima uprave i nadzornog, odnosno upravnog odbora dana je mogućnost dokazivanja da su postupali u skladu s postavljenim mjerilom te da nisu krivi za prouzročenu štetu jer su postupali u skladu sa zakonom ili jer je štetu počinio neko treći.

Zakon navodi kada su članovi uprave odgovorni za štetu. Odgovorni su kada suprotno Zakonu:

- vrate dioničarima ono što su uložili u društvo,
- isplate dioničarima kamate ili dividendu,
- upišu, steknu, uzmu u zalog ili povuku vlastite dionice društva ili nekog drugog društva,
- izdaju dionice prije nego što se za njih u cjelini uplati iznos za koji su izdane,
- razdijele imovinu društva,
- obave plaćanja nakon što nastupi nesposobnost društva za plaćanje, odnosno nakon što dođe do prezaduženosti društva,
- dadu naknadu članovima nadzornog odbora,
- dadu kredit,
- kod uvjetnog povećanja kapitala izdaju dionice suprotno svrsi ili prije nego što se one u cjelini uplate.

(2) Ako se nakon što se članovima uprave odrede primanja tako bitno pogoršaju prilike društva da bi dalje isplaćivanje primanja iz stavka 1. ovoga članka za društvo značilo tešku nepravdu, nadzorni odbor, a u slučaju iz članka 245. stavka 3. ovoga Zakona na zahtjev toga odbora sud, ovlašten je da ih primjereno smanji. Smanjenje primanja nema utjecaja na ostale dijelove ugovora člana uprave s društvom. Član uprave ima pravo na raskid ugovora s krajem narednog tromjesečja s time da je otkazni rok za to šest tjedana.”

<sup>125</sup> Čl. 269. ZTD-a.

<sup>126</sup> Tako i Barbić, J. (2005), op. cit., str. 527.

<sup>127</sup> Pavlović, M., op. cit., str. 38.

Obveza naknade štete ne postoji ako se radnja članova uprave temelji na odluci glavne skupštine. Odobrenje radnje od strane nadzornog odbora ne isključuje odgovornost.<sup>128</sup>

Zahtjev za naknadu štete može staviti društvo. Osim društva, zahtjev mogu staviti i vjerovnici društva ako ne mogu svoje tražbine podmiriti od društva. Ovakvom određenosti osigurava se poštivanje temeljnog pravila da za obveze društava kapitala odgovara društvo. Proizlazi da su ovlaštenici prava na naknadu štete u slučaju povrede dužne pozornosti društvo i vjerovnici, ali tek kada svoju tražbinu nisu mogli namiriti od društva. To uvijek vrijedi u ranije nabrojenim slučajevima i onda kada član uprave povrijedi dužnost primijene pozornosti urednog i savjesnog gospodarstvenika.<sup>129</sup> Potrebno je dokazati uzročnu vezu između nastale štete i štetne radnje, dok se krivnja članova uprave pretpostavlja. U takvom slučaju, članovi uprave mogli bi dokazati da su odluku donijeli temeljem primjerenih informacija te razumno pretpostavljajući da djeluju za dobrobit društva, koristeći se pritom svojim stručnim znanjem ili stručnim znanjem osobe koja im je pomogla u procjeni. Na taj se način mogu osloboditi krivnje i izbjeći da sud procjenjuje njihovu odluku, ukoliko je ona donesena zadovoljavajući te pretpostavke.

Odlukom VTSRH poslovni broj Pž-4459/02 od 8. rujna 2004.<sup>130</sup> određeno je da se na podnošenje tužbe protiv člana uprave, koji je protivno zakonskoj zabrani obavljao poslove bez suglasnosti nadzornog odbora prodajući trgovačku robu iz predmeta poslovanja društva aktivno je legitimirano društvo, a ne fizička osoba, član društva.

Sud je prihvatio pravno stajalište prvostupanjskog suda, koji je utvrdio da tužitelj, kao fizička osoba nije aktivno legitimiran za podnošenje tužbe protiv tuženika jer je odredbom čl. 284. st. 2. ZTD izričito određeno da je ako član uprave postupi protivno zabrani iz čl. 248., st. 1. ZTD-a, kojim se regulira pitanje suglasnosti za obavljanje konkurentne djelatnosti društvo može od njega tražiti da mu se naknadi time pričinjena šteta. Zahtjev ne može staviti fizička osoba član društva.

ZTD nije taksativno naveo slučajeve odgovornosti. Primjerice navode se situacije kada je isključena svaka sumnja radi li se o štetnim radnjama ili ne.<sup>131</sup> Prilikom postojanja svih ostalih štetnih radnji, a koje nisu nabrojene u ovom članku, vjerovnici će morati uz štetnu radnju dokazivati i povredu dužnosti primijene pozornosti urednog i savjesnog gospodarstvenika.

Neki su autori zauzeli stav da članovi uprave, nadzornog, odnosno upravnog odbora trebaju postupati nesebično u odnosu na društvo te da postupajući na način da štite samo svoje interese zapravo krše svoju dužnost prema društvu bez

<sup>128</sup> Čl. 252., st. 4. ZTD-a.

<sup>129</sup> Čl. 252., st. 5. ZTD-a.

<sup>130</sup> Objavljeno u Zbirci odluka VTSRH za 2005. godinu, dostupno na <http://www.vtsrh.hr/Download/2006/03/10/ZBIRKA10.pdf>, str. 154.

<sup>131</sup> Orehovec, T., op. cit., str. 132.



obzira na čiju štetu ide njihovo postupanje.<sup>132</sup> Ovakvim određenjem, kao aktivno legitimirane osobe za pokretanje postupka protiv članova uprave, nadzornog, odnosno upravnog odbora osim samog društva i vjerovnika mogu se pojaviti i članovi društva kao pojedinci, radnici te sve ostale zainteresirane stranke.

Moderne definicije pravila poslovne prosudbe ističu kako ono osigurava pretpostavku da će u donošenju poslovnih odluka direktori postupati temeljem informacija koje su prikupili, u dobroj vjeri iskreno vjerujući da je odluka koju su donijeli u najboljem interesu za društvo. Ovakva uporaba pravila poslovne prosudbe moguća je jedino u situacijama kada su direktori neovisni<sup>133</sup> na način da nemaju interese koji bi ih mogli dovesti u situaciju da se nađu na obje strane, kao i da nemaju očekivanja za ostvarenjem osobne financijske koristi iz transakcije, a kao suprotnost koristi koja bi se mogla ostvariti za korist društva ili njegovih članova.<sup>134</sup>

Neovisnost direktora temeljna je pretpostavka modernog korporativnog upravljanja i jedan od odgovora na pitanje što će motivirati člana uprave, nadzornog, odnosno upravnog odbora da u ispunjavanju svojih obveza djeluje s maksimalnim učinkom. Upravo neovisnost direktora, kao i njegova osobna odgovornost omogućit će da isti djeluje maksimalno efikasno. Osim ovih čimbenika, na učinkovitost djelovanja utjecat će i način nagrađivanja<sup>135</sup> istih.<sup>136</sup>

Zakonska odredba predviđa solidarnu odgovornost svih članova uprave. Iako u praksi postoji mogućnost da neki članovi uprave nisu sudjelovali u donošenju odluke temeljem koje je nastala šteta jer ovi direktori koji su je donijeli nisu upotrijebili dužnu pozornost, u praksi će biti teško dokazati koji su direktori povrijedili, a koji ne dužnu pozornost.<sup>137</sup> Smatra se da pri donošenju odluka nitko ne smije biti pasivan, već mora kritički prosuđivati ono o čemu se odlučuje. Do povrede dužnosti, odnosno štetne radnje doći će i ako član uprave aktivno ne sudjeluje u radu uprave, ako ne obavlja potrebne radnje nadzora ili ako zna za nečiju štetnu radnju pa joj se ne suprotstavi.<sup>138</sup>

<sup>132</sup> Ribstein, L. E., Alces, K. A., op. cit., str. 3.

<sup>133</sup> Vidi i preporuke o neovisnosti Europske Komisije EC: Commission Recommendation of 15 February 2005 on the role of non-executive or supervisory directors of listed companies and on the committees of the (supervisory) board; OJ L 52, 25.02.2005., str. 51-63. i 2004/913/EC: Commission Recommendation of 14 December 2004 fostering an appropriate regime for the remuneration of directors of listed companies, OJ L 385, 29.12.2004., str. 55-59.

<sup>134</sup> Bishop, C.G.: *A Good Faith Revival of Duty of Care Liability in Business Organization Law*, Suffolk University Law School, Legal Studies Research Paper Series, Research Paper 07-02, January 24, 2007, dostupno na <http://ssrn.com/abstract=930402> na dan 20. ožujak 2008., str. 486.

<sup>135</sup> Vidi i 2004/913/EC: Commission Recommendation of 14 December 2004 fostering an appropriate regime for the remuneration of directors of listed companies, OJ L 385, 29.12.2004., str. 55.-59.

<sup>136</sup> Cheffins, B.R., Black, B.S., Klausner, M.: *Outside Directors, Liability Risk and Corporate Governance: A Comparative Analysis*, European Corporate Governance Institute, Law working paper No.48(Eng)/2005., dostupno na <http://papers.ssrn.com/abstract=800584>, str. 2.

<sup>137</sup> Orehovec, T., op. cit., str. 132.

<sup>138</sup> Ibidem, str. 133.; vidi Barbić, J. (2001.), op. cit., str. 386.

ZTD-om je regulirana i situacija odgovornosti za štetu kod “iskorištavanja utjecaja u društvu”. Člankom 273. ZTD-a određeno je da će osoba koja s nakanom koristeći svoj utjecaj u društvu navede člana uprave, ili nadzornog, odnosno upravnog odbora da poduzme nešto na štetu društvu ili njegovih dioničara, odgovarati društvu za štetu koja mu time bude počinjena. Ta osoba odgovara za štetu i dioničarima, ako im je ona nastala, neovisno o šteti učinjenoj društvu. Pored te osobe za štetu odgovaraju kao solidarni dužnici i članovi uprave i nadzornog, odnosno upravnog odbora ako povrijede svoje dužnosti. Zakonom je određeno da u slučaju odgovornosti članova uprave, nadzornog, odnosno upravnog odbora oni moraju dokazati da su u obavljanju svojih dužnosti postupali uredno i savjesno. Neće postojati njihova odgovornost za nadoknadom štete ako su djelovali u skladu sa zakonitom odlukom glavne skupštine, dok odobrenje radnje od strane nadzornog, odnosno upravnog odbora ne isključuje obvezu naknade štete.<sup>139</sup>

U situacijama kada su članovi uprave ili nadzornog, odnosno upravnog odbora navedeni na štetnu radnju korištenjem ovlasti za vođenje društva na temelju ugovora, kojim se vođenje poslova povjerava vladajućem društvu ili korištenjem ovlasti društva, kojemu se dioničko društvo priključilo tako da ono vodi poslove dioničkog društva, na njih se ne primjenjuju odredbe čl. 273. ZTD-a.<sup>140</sup>

Temeljna je pretpostavka primjene ovog članka da je utjecaj treće osobe bio takav da je član uprave, nadzornog, odnosno upravnog odbora potpao pod isti te poduzeo radnju koja je dovela do štete za društvo, odnosno dioničare. Zakonodavac se dosljedno drži odredbe kako će se članovi uprave, nadzornog, odnosno upravnog odbora moći osloboditi odgovornosti ukoliko dokažu da su odluku donijeli postupajući u obavljanju svojih dužnosti uredno i savjesno. Ovom se odredbom ne proširuje odgovornost članova uprave i nadzornog, odnosno upravnog odbora, već se kao odgovorne osobe pridodaju i osobe koje su koristeći svoj utjecaj u društvu navele odgovorne članove društva (članove uprave i nadzornog, odnosno upravnog odbora) da poduzmu nešto na štetu društva ili dioničara. Osim ovih osoba za štetu odgovaraju i one osobe koje su imale koristi od štetne radnje te su postupale s nakanom. Međutim, zakonodavac se dosljedno drži pravila o odgovornosti članova uprave i nadzornog, odnosno upravnog odbora budući da oni odgovaraju za štetu kao solidarni dužnici ovih osoba.

## 5. Zaključak

Hrvatsko zakonodavstvo nema jasne odredbe koje bi definirale kako procjenjivati standard pozornosti na način kako je to uređeno u američkom pravu na primjeni “*business judgment rule*”. Kao konkretizacija moguće

<sup>139</sup> Čl. 273. ZTD-a.

<sup>140</sup> Čl. 273., st. 6. ZTD-a.

analogne uporabe u hrvatskom zakonodavstvu prije svega je moguće usporediti pravilo poslovne prosudbe koje obvezuje u određenom postupanju – pridobivanju i analizi potrebnih informacija kao preduvjetu donošenja poduzetničke odluke. Član uprave mora poduzeti određene radnje, koje mu osiguravaju dobivanje svih potrebnih podataka te ih uzeti u obzir zajedno s mogućim okolnostima koje su mu potrebne za odlučivanje. Pod te potrebne podatke uzimaju se u obzir one informacije pomoću kojih se može dobiti prosudba o svim relevantnim okolnostima, kao i potrebno stručno znanje za donošenje pravilne odluke. Osoba koja takve odluke donosi mora biti stručna, a u pitanjima s područja u kojima nema dovoljno znanja dužna je angažirati stručnjake iz tog područja.

Članovi uprave dužni su u vođenju društva postupati s pozornošću koja je propisana zakonom, a istodobno su dužni postizati rezultate kao mjerilo ispunjenja njihovih dužnosti. U vođenju poslova, članovi uprave donose odluke s određenim stupnjem rizika. Posve je uobičajeno da svaki posao neće uspjeti i donijeti dobit društvu. U stvari bit obveze članova uprave je savladavanje rizika. Zato se od njih, također očekuje donošenje rizičnih odluka.<sup>141</sup> Međutim, čak i takve rizične odluke moraju biti utemeljene na pravilnoj poslovnoj prosudbi.

Dužna pozornost člana uprave ne može se isključiti ili umanjiti. Sukladno pravilu američkog prava potrebno je odrediti da je li član uprave učinio sve da skupi sve potrebne informacije na kojima će donijeti odluku, je li imao dovoljno znanja ili je nedostatak znanja nadomjestio adekvatnom stručnom pomoći.

Naknadno će biti moguće utvrditi samo je li dobivena informacija provjerena uporabom dovoljne dužne pozornosti, dok karakter same odluke i mogućnost drukčije procjene treba prepustiti članovima uprave, a njihovu odluku ne prosuđivati. Odluka neće doći u pitanje ukoliko je ista utemeljena na primjerenim informacijama i donesena primjerenim stručnim znanjem. U skladu s tim, element prosudbe za odgovornost je da menadžer, koji prosuđuje, ima specijalističkih znanja te da na temelju toga može valjano donositi poduzetničke odluke temeljeći ih na bitnim poslovnim informacijama. Odnosno, ukoliko sam ne posjeduje dovoljno stručnog znanja, obvezan je angažirati stručnjaka koji će mu osigurati stručnu pomoć u donošenju odluka.

Zahtjev vjerovnika prema članovima uprave koji su povrijedili obvezu vođenja poslova društva postupajući s dužnom pozornošću urednog i savjesnog gospodarstvenika predstavlja jedan od načina osiguranja naplate vjerovnika u odnosu prema društvu kada potraživanje nisu u mogućnosti naplatiti od društva.

Zašto je u hrvatsko pravo trgovačkih društava bilo potrebno uvesti pravilo poslovne prosudbe uz postojeći standard pozornosti dobrog gospodarstvenika? Definicija pozornost dobrog gospodarstvenika kao što neki autori smatraju, a mi se tom mišljenju priklanjamo, preširoka je te je bila nužna njezina konkretizacija i to temeljem pravila poslovne prosudbe.

<sup>141</sup> Ibidem, str. 177.

Uvođenjem pravila poslovne prosudbe omogućava se direktorima društva, koji su postupali s pozornošću, koja se od njih očekuje da se oslobode odgovornosti za eventualnu štetu koju su svojim odlukama prouzročili društvu ako su odluke bile opravdane u okviru njihove stručne prosudbe. Pravilo poslovne prosudbe omogućava negaciju odgovornosti članova uprave, nadzornog, odnosno upravnog odbora u slučajevima kada su postupali s dužnom pozornošću.<sup>142</sup> Imajući na umu i monistički sustav upravljanja, gdje je moguće da upravni odbor opozove izvršne direktore društva bez navođenja posebnih razloga, primjena pravila poslovne prosudbe može omogućiti izvršnim direktorima opravdanje donošenja svojih odluka i u situacijama kada ona nije imala uporište u uputama neizvršnih direktora te na taj način eventualno opravdaju svoju odluku.

Uzimajući u obzir relativno mali broj sudskih odluka u sudskoj praksi RH iz ovog područja, koje pretežito određuju aktivnu i pasivnu legitimaciju, odnosno preduvjeta za pokretanje postupka protiv članova uprave ili nadzornog odbora, a ne daju definiciju dužne pozornosti optimistično bi bilo očekivati da će primjena ovog pravila u hrvatskom zakonodavstvu utjecati na povećanje sudske prakse odnosno, definiranje primjene pravila poslovne prosudbe.

Izostanak ovakvih postupaka iz današnje pravne prakse može se opravdati nepoznavanjem zakonskih mogućnosti i troškovima vođenja ovakvih sporova u trenutku kada je od društva nemoguće naplatiti potraživanje, a naplata potraživanja od članova koji odgovaraju za štetu upitna je budući da se radi o fizičkim osobama.

Uvođenjem u hrvatsko zakonodavstvo pravila poslovne prosudbe, dana je mogućnost članovima uprave, upravnog i nadzornog odbora da svoje odluke donose u skladu s već od ranije uspostavljenim standardima pozornosti urednog i savjesnog gospodarstvenika i standardima lojalnosti. Pravilo poslovne prosudbe članovima uprave, odnosno upravnog odbora omogućava donošenje odluke na vlastitu odgovornost, dajući im najširu moguću slobodu da koristeći se svojim stručnim znanjima vode društvo i donose rizične odluke, za što su i posebno plaćeni. Ovakva pravna određenost omogućava i veću mogućnost članovima uprave i ostalim sudionicima da se pozivaju na razumnu prosudbu temeljem okolnosti i informacija koje su im bile dostupne, a koje su prikupili u određenoj situaciji. U vođenju poslova društva možda su i donijeli pogrešnu odluku, ali su razumno pretpostavili da djeluju za dobrobit društva.

<sup>142</sup> Tako i Bishop, C.G., op. cit., str. 482., ističe kako je temeljem visoke financijske odgovornosti za povredu dužne pozornosti koja je za posljedicu imala velike financijske posljedice u državi Delaware uvedeno pravilo poslovne prosudbe kao negacija odgovornosti koja nije sadržavala grubu povredu pozornosti. Međutim kada se predmetni standard pokazao previše tegoban, zakonodavstvo države Delaware prihvatilo je statutaru iznimku kojom je eliminirana dužna pozornost koja je uključivala čak i grubu nepažnju.

## Literatura

### Knjige i članci:

1. Bainbridge, S. M.: *The Business Judgment Rule as Abstention Doctrine*, UCLA School of Law, Los Angeles, Research paper No. 13-18, dostupno na <http://ssrn.com/abstract=429260> na dan 15. prosinac 2007.
2. Barbić, J.: *Pravo društava, Knjiga druga, Društva kapitala*, Organizator, Zagreb, 2001.
3. Barbić, J.: *Pravo društava, Knjiga druga, Društva kapitala, Treće izmijenjeno izdanje*, Organizator, Zagreb, 2005.
4. Barbić, J.: *Dužna pozornost i odgovornost članova nadzornog odbora*, Računovodstvo, revizija i financije, br. 5/2007., str. 117.
5. Barbić, J.: *Pregled odredaba Zakona o trgovačkim društvima o monističkom ustroju organa dioničkog društva*, Hrvatska pravna revija, prosinac 2007., Zagreb.
6. Bishop, C. G.: *A Good Faith Revival of Duty of Care Liability in Business Organization Law*, Suffolk University Law School, Legal Studies Research Paper Series, Research Paper 07-02, January 24, 2007., dostupno na <http://ssrn.com/abstract=930402> na dan 20. ožujak 2008.
7. Cheffins, B. R., Black, B.S., Klausner, M.: *Outside Directors, Liability Risk and Corporate Governance: A Comparative Analysis*, European Corporate Governance Institute, Law working paper No.48(Eng)/2005., dostupno na <http://papers.ssrn.com/abstract=800584>.
8. Eisenberg, M. A.: *The duty of good faith in corporate law*, Delaware journal of corporate law, dostupno na [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=899212](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=899212).
9. Gerželj, G.: *Odškodninska obveznost kot posledica kršitve skrbnosti vestnega in poštenega gospodarstvenika*, Corporate governance v Sloveniji, ur. Katerina Zajec, Pravna fakulteta Univerze v Ljubljani, 2004.
10. Gorenc, V.: *Komentar Zakona o obveznim odnosima*, RRIF, Zagreb, 2005.
11. Gorenc, V.: *Komentar Zakona o trgovačkim društvima*, RRIF, Zagreb, 2004.
12. Hoffman, D. A.: *Self-handicapping and manager's duty of care*, legal studies research paper series, 05.10.2007., dostupno na <http://ssrn.com/abstract=978200>.
13. Kirchner, C., Painter, R.W.: *Towards a European Modified Business Judgment Rule for Takeover Law*, dostupno na [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=247214](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=247214).
14. Vedriš, M., Klarić, P.: *Građansko pravo*, Narodne novine, Zagreb, 1996.
15. Lubben, S. J., Darnell, A. J.: *Delaware's duty of care*, dostupno na [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=698223](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=698223).
16. Orehovec, T.: *Odgovornost članova uprave dioničkog društva za štetu nanесenu vjerovnicima*, Pravo u gospodarstvu, Zagreb, prosinac 2005.
17. Pavlović, M.: *Odgovornost za štetu nesavjesnih članova uprava i nadzornih odbora počinjenih društvu i vjerovnicima društva*, Hrvatska pravna revija, prosinac 2005.
18. Ribstein, L. E., Alces, K. A.: *The Business Judgement rule in good and bad times*, dostupno na <http://home.law.uiuc.edu/~ribstein/ribsteinalces.pdf>.
19. Tipurić, D.: *Nadzorni odbor i korporativno upravljanje*, Zagreb, Sinergija, 2006.

### ***Propisi***

1. Zakon o trgovačkim društvima, NN 111/93., 34/99., 52/00., 118/03., 107/07.
2. Zakon o zaštiti tajnosti podataka, NN 108/96.
3. ALI Principles of corporate governance, 1994, American law institute.
4. Revised Model Business Corporation Act (RMBCA), dostupno na <http://www.abanet.org/buslaw/library/onlinepublications/mbca2002.pdf> na dan 17. 1. 2008.
5. The Delaware General Corporation Law, DGCL <http://delcode.delaware.gov/title8/c001/sc01/index.shtml#TopOfPage>
6. EC: Commission Recommendation of 15 February 2005 on the role of non-executive or supervisory directors of listed companies and on the committees of the (supervisory) board; OJ L 52, 25.02.2005., str. 51-63.
7. Commission Recommendation 2004/913/EC of 14 December 2004 fostering an appropriate regime for the remuneration of directors of listed companies, OJ L 385, 29. 12. 2004., str. 55-59.

### ***Internet stranice***

1. Izboru odluka VTSRH, br. 12 iz 2006. godine dostupno na [http://www.vtsrh.hr/Download/2007/06/21/ZBIRKA\\_121.pdf](http://www.vtsrh.hr/Download/2007/06/21/ZBIRKA_121.pdf)
2. [www.nn.hr](http://www.nn.hr)

## **Summary**

### **A BUSINESS JUDGMENT RULE IN CROATIAN AND AMERICAN LAW**

The article presents an overview on business judgment rules in Croatian legislation comparing it with business judgment legal standards ("business judgment rule") in American law. The business judgment legal standard has entered in Croatian legal system with the Amendments on Companies Act (hereinafter CA) as a supplement of the already existing legal standard of care of a good merchant which can be compared with American legal standard of "duty of care". Introduction of business judgment rules has created a possibility for members of the management and supervisory board, that is management committee, to be released from responsibility for their business decisions if they reasonably assumed according to proper information, while making decisions in question, to act in the interest of the company in case of not acting against the obligation to manage company business in a certain way.

**Key words:** *business judgment rule, care of a good merchant, due care, competition ban, Company Law.*



## Zusammenfassung

### REGELN DER GESCHÄFTSBEURTEILUNG IM KROATISCHEN UND AMERIKANISCHEN RECHT

In der Arbeit wird ein Überblick über die Regeln der Geschäftsbeurteilung in der kroatischen Rechtsprechung gegeben, welche mit dem Rechtsstandard der Geschäftsbeurteilung ("business judgment rule") des amerikanischen Rechts verglichen werden. Der Rechtsstandard der Geschäftsbeurteilung wird in die kroatische Gesetzgebung mit den Änderungen und Ergänzungen des Gesetzes zu Handelsgesellschaften (im weiteren Text : ZTD) eingeführt neben dem schon bestehenden Rechtsstandard der Aufmerksamkeit eines guten Wirtschaftlers. Der Rechtsstandard Sorgfalt kann mit der "duty of care" im amerikanischen Recht verglichen werden. Durch die Einführung der Regeln der Geschäftsbeurteilung wird den Mitgliedern der Verwaltung und des Aufsichtsrats bzw. des Verwaltungsrats die Möglichkeit gegeben, sich von der Verantwortung für Geschäftsentscheidungen, die sie fällen, zu befreien, wenn sie vor deren Verabschiedung auf Grund angemessener Informationen der Ansicht waren, zum Wohle der Gesellschaft zu handeln und wenn sie dabei nicht im Gegensatz zu ihrer Pflicht der Geschäftsführung der Gesellschaft vorgegangen sind.

**Schlüsselwörter:** Geschäftsbeurteilung, Sorgfalt des guten Wirtschaftlers, Sorgfaltspflicht, Konkurrenzverbot, Gesellschaftsrecht.

## Sommario

### LA C.D. REGOLA DEL "BUSINESS JUDGMENT" NEL DIRITTO CROATO E NEL DIRITTO AMERICANO

Nel lavoro si esamina la c.d. regola del "business judgment" nell'ordinamento croato, come pure si compara la stessa con lo standard normativo della "business judgment rule" del diritto americano.

Lo standard normativo della c.d. regola del "business judgment" è introdotto nell'ordinamento croato con la legge sulle modifiche e le integrazioni della legge sulle società di capitali (in avanti ZTD) accanto al già esistente standard giuridico di diligenza del buon imprenditore. Lo standard giuridico di diligenza può essere paragonato allo standard americano del "duty of care". Con l'introduzione dello standard del "business judgement" viene data ai membri dell'amministrazione ed al comitato di vigilanza, ovvero del consiglio di amministrazione, la possibilità di liberarsi della responsabilità per le decisioni prese, qualora in tale occasione, sulla base di informazioni adeguate, potevano supporre ragionevolmente di

operare nell'interesse della società, sempre che non abbiano agito contrariamente all'obbligo relativo alle modalità di conduzione delle attività della società.

**Parole chiave:** *la c.d. regola del “business judgment”, diligenza del buon imprenditore, doverosa diligenza, divieto di concorrenza, diritto delle società di capitali.*